Interpretation des Art. 306 H.G.B.

Inaugural-Dissertation

von

Arthur Gutmann
Rechtspraktikant und Doktor beider Rechte.

ERLANGEN
1894.

Interpretation des Art. 306 H.G.B.

Inaugural-Dissertation

von

Arthur Gutmann
Rechtspraktikant und Doktor beider Rechte.

ERLANGEN
1894.

Wenn ich es versucht habe, auf eine Interpretation des Art. 306 H. G. B. einzugehen, so möchte dies bei der grossen Litteratur, welche sich über diesen Artikel findet, überflüssig erscheinen. Dennoch kann man sich nicht verhehlen, dass alle grösseren Abhandlungen zu einer Zeit geschrieben sind, in welcher unsere obersten Gerichtshöfe noch nicht bestanden und demzufolge nicht in der Lage waren, deren Rechtsprechung zu berücksichtigen. Die neuesten Kommentare und Lehrbücher des Handelsrechts berücksichtigen zwar die moderne Rechtsprechung in vollem Masse; allein sie können ja unmöglich auf die zahlreichen, aus Art. 306 sich ergebenden Fragen näher eingehen. Ich habe somit gerade deshalb die Ansicht gewonnen, dass sich dieses Thema einer erneuten Bearbeitung empfehle. Die historische Einleitung, welche ich meiner Arbeit vorausgeschickt habe und die rein privatrechtlich gehalten ist und das Gebiet des Prozessrechtes nicht berührt, soll in möglichster Kürze nur soviel bieten, als zum Verständnis der Interpretation nötig ist.[1])

1) Kurze Zusammenstellung der für das Studium der Geschichte des Art. 306 wichtigsten Werke:

Rogge: Über das Gerichtswesen der Germanen, S. 226 ff. — Eichhorn: Rechtsgeschichte § 59 und § 361; Privatrecht § 170—172. — Cropp in Hudtwelkers und Trummers kriminalistischen Beiträgen II, S. 3 ff. und 233 ff. — Albrecht: Gewere S. 81 ff. — Bruns: Die Besitzesklagen des heutigen Rechts, S. 228 ff. — Delbrück: Zeitschr. für deutsches Recht XIV S. 221 ff. und 247 ff.; die dingliche Klage des deutschen Rechts;

Das römische Recht beruht auf dem Prinzip der unbeschränkten Vindikabilität. Der Satz: „Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet“ ist ein beredtes Zeugnis dafür, dass jeder rechtsgiltige Erwerb vom Nichteigentümer schlechthin ausgeschlossen war; derselbe konnte im günstigsten Falle Usukapionsbesitz gewähren. Es gab nun allerdings Fälle, in welchen diese Regel durchbrochen wurde z. B. bei vorher oder nachher erfolgender Einwilligung des Eigentümers, sowie bei Veräusserungen seitens des Pfandgläubigers, des Fiskus, des Regenten oder dessen Gemahlin. Durch den nachträglichen Erwerb des Eigentums von Seite des veräussernden Nichteigentümers konvalesciert die vordem stattgehabte Veräusserung nicht und gewährt dem Empfänger kein Eigentumsrecht; ihm steht vielmehr, sofern er vom Veräusserer klagend belangt wird, nur eine exceptio rei venditae et traditae zu. Der mit der rei vindicatio belangte Besitzer der Sache konnte nur gegen seinen Vormann Regress nehmen, was jedoch mit grossen Schwierigkeiten verbunden und insbesondere, wenn derselbe insolvent war, unmöglich war. Ebenso kann derjenige, dessen Eigentum mit Beschränkungen

---

Nachträge zur dinglichen Klage in Iherings Jahrbuch X, S. 110—176. — Walter: Deutsche Rechtsgeschichte § 537 ff., 683 ff. und 687 ff. — Michelsen: Die Hausmarke S. 24 ff. — Gerber: Deutsches Privatrecht § 102; Zeitschrift für Civilrecht und Prozess XI, S. 1 ff.; juristische Abhandlungen S. 372. — Stein: Untersuchungen über die Entwicklung und Fortbildung des deutschen Sachenrechts, S. 129 ff. — Hänel: Das Beweissystem des Sachsenspiegels S. 139 ff. — Sohm: Der Prozess der lex Salica, S. 55 ff. — Laband: Die vermögensrechtlichen Klagen, S. 50 ff. — Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts II, S. 3, 197 und 209; die Eigentumsverfolgung bei Fahrhabe; die Gewere S. 487 ff. — Beseler: Privatrecht § 85. — Goldschmidt: Handelsrecht I § 78 ff., Zeitschrift für Handelsrecht VIII, S. 225 ff.; IX S. 1 ff.; XVI S. 406 ff. — Endemann: Handbuch des Handelsrechts II, S. 172. — Stobbe: Deutsches Privatrecht II, § 145 ff. — London: Die Anefangsklage.

und Belastungen überhäuft ist, dasselbe nur wieder unter diesen Voraussetzungen veräussern.

Wesentlich andere Grundsätze stellt das germanische Recht auf. Dasselbe unterscheidet zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust und knüpft an ersteren Ausschluss der Vindikation, in letzterem Falle lässt es dieselbe jedoch unbeschränkt zu. Derjenige, welchem eine bewegliche Sache durch Diebstahl oder Raub abhanden gekommen war, kann gegen den vermeintlichen Thäter klagend vorgehen. Hiezu dient die Anefangsklage, welche in dem Falle Platz greift, dass der Bestohlene die Sache ohne Spurfolge oder nach Ablauf der gesetzlichen Frist im Besitze eines Dritten vorfindet und mit der rechtsförmlichen Ergreifung der Sache seitens des Bestohlenen beginnt. Der Anefang durfte nur bei solchen beweglichen Sachen angestellt werden, bei welchen die Möglichkeit des Identitätsnachweises gegeben war. Was seine rechtliche Natur betrifft, so betrachtete man ihn früher als eine dingliche Klage[2]); andere stellten die Behauptung auf, dass er eine Deliktsklage sei[3]); am wahrscheinlichsten erscheint mir die Erklärung, welche die Forschungen Labands und Londons[4]) geben, wonach die Anefangsklage eine mit Deliktsansprüchen durchsetzte, aber doch prinzipiell bürgerliche Klage um Gut, sowie ein Vorbereitungsverfahren für die eigentliche peinliche Klage ist. Sie unterscheidet sich von der schlichten Klage, welche jedoch zur Zeit der Volksrechte noch nicht existierte, durch den accessorisch beigemischten Deliktsanspruch und geht gleichzeitig auf Busse und Gewedde. Die Anefangsklage

2) Delbrück: Die dingliche Klage. — Walter: Deutsche Rechtsgeschichte etc.

3) Cropp in Hudtwelkers und Trummers kriminalistischen Beiträgen. — Gerber: Deutsches Privatrecht.

4) Laband: Vermögensklagen. — London: Die Anefangsklage.

steht jedoch nur demjenigen zu, aus dessen Gewahrsam die Sache durch Raub oder Diebstahl gekommen war. In den Fällen des freiwilligen Besitzesverlustes greift ein anderes Prinzip Platz, welches durch die drei Rechtssprichwörter: „Hand muss Hand wahren", „Habe hat kein Geleit" und „Wo jemand seinen Glauben gelassen hat, da muss er ihn wieder suchen" Ausdruck findet und in einer Weise, die keinen Zweifel zulässt, im Ssp. II, 60 § 1 ausgesprochen ist. In den Volksrechten findet sich jedoch nirgends eine materielle Rechtsregel über die Vindikation abhanden gekommener Mobilien; die Aufstellung einer solchen erfolgte erst im Mittelalter. In den Fällen der freiwilligen Besitzesaufgabe kann sich nun der Eigentümer nur an den Vertrauensmann halten, während ihm dem dritten Erwerber gegenüber kein Rechtsmittel zu Gebote steht. Für diese Vindikationsbeschränkung lassen sich die verschiedensten Gründe anführen. Während sie von manchen[5]) als Aequivalent dafür bezeichnet wird, dass dem Vertrauensmann die Last der Spurfolge und des Prozessierens aufgebürdet blieb, erscheint mir diejenige Ansicht am glaubwürdigsten, welche ihren Grund in dem geringen Wert, den die Mobilien zu dieser Zeit hatten, sucht. Soviel ist jedoch sicher, dass die in späterer Zeit hervortretenden Momente der Verkehrssicherheit und des Schutzes des gutgläubigen Erwerbes dieser Zeit noch völlig fremd standen. Man könnte ja vielleicht diese Annahme für berechtigt halten infolge der weitgehenden Vergünstigungen, welche das altkentische und westgotische Recht für den Handelsverkehr aufstellt[6]). Doch erscheint mindestens für letzteres wahrscheinlich, dass es unter starkem Einfluss des semitischen Rechtes zu dieser Ausbildung gekommen.

5) Heusler: Institutionen des deutschen Privatrechts II, § 118.

6) Heusler l. c. § 118. – Dahn in der Zeitschrift für Handelsrecht XVI, S. 404.

Das semitische Recht ist nun, soweit es unseren Punkt betrifft, zu erwähnen, zumal die jüdische Bevölkerung im Mittelalter, wie in manchem, so auch in dieser Beziehung nach eigenem Rechte lebte. Derselben war das Vindikationsprivileg eingeräumt, wonach der Besitzer einer fremden beweglichen Sache, die er in gutem Glauben erkauft oder zu Pfand genommen hat, nur gegen Lösung zur Rückgabe derselben an den vindizierenden Eigentümer verpflichtet ist. Dasselbe ist ein Ausfluss des national-jüdischen Rechts, wurde jedoch durch die Reichspolizeiordnung von 1577 t 20 § 2 aufgehoben.

Eine Modifikation erhielten die germanischen Rechtsgrundsätze durch verschiedene Stadtrechte teils in beschränkender, teils in erweiternder Beziehung; vor allem sind es die Hansestädte, welche als Hauptsitze des Handelsverkehres jedenfalls das Bestreben haben mussten, die Sicherheit desselben zu begünstigen und dadurch die mit der späteren Rezeption des römischen Rechts eintretende Schmälerung der klaren und einheitlichen Form der altgermanischen Grundsätze vorbereiteten. Ebenso ist der aus dem Goslarer Recht stammende Rechtssatz zu Gunsten des Deponenten zu erwähnen[7]), sowie der Satz, dass im Falle der Übergabe der Sache an einen Handwerker, damit er dieselbe verarbeite, dem Übergeber, wenn sie der Handwerker unterschlägt oder sonst veruntreut, die Vindikation gegen Dritte, wenigstens gegen Entrichtung des Arbeitslohnes gestattet sein soll; auch der aus Ssp. III, 6 § 1 stammende Rechtssatz, welcher die unbeschränkte Vindikation in dem Falle zulässt, dass Gewaltuntergebene Sachen des Hausherrn veruntreut haben, bedarf noch der Anführung.

Mit der sich vollziehenden Rezeption des römischen Rechts versuchen sich dessen Grundsätze auch in Deutschland Eingang

7) Gosl. Stat. 82, 22 ff. — Stobbe: Privatrecht II, S. 621, Anm. 27. — Heusler: l. c. II, § 118.

zu verschaffen, vor allem dadurch, dass sich eine höhere Bedeutung des Besitztitels geltend macht. Durch diese Periode geht unverkennbar der Zug, die Vindikation unter Weiterausbildung und Neuformulierung der germanischen Grundsätze zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers zu beschränken. In manchen Rechtsgebieten bürgert sich das römische Recht schlechthin ein und schliesst die Regel: „Hand muss Hand wahren" aus; in anderen Rechten findet sich die germanische Unterscheidung in den verschiedensten Modifikationen, indem vor allem eine wesentliche Begünstigung des gutgläubigen Erwerbes und des Kaufes auf gemeinem Markt hervortritt.

Die neueren Kodifikationen schliessen sich teils den römischen, teils den germanischen Grundsätzen an, teils vertreten sie ein vermittelndes Prinzip; doch ziehen sämtliche die bona fides des Erwerbers in Betracht. Das preussische Landrecht [8]) lässt den Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust unberücksichtigt. Gegen den malae fidei possessor ist die Vindikation unbeschränkt zulässig, ebenso gegen den bonae fidei possessor, soferne er die Sache von einer verdächtigen Person oder unentgeltlich erworben hat oder über seinen Gewährsmann oder Besitztitel keine Auskunft geben kann. Gegen den entgeltlichen bonae fidei possessor ist die Vindikation nur gegen Lösung zulässig; insbesondere wird gutgläubiger Kauf oder Pfandnahme auf gemeinem Markt berücksichtigt. Sachen, welche vom Fiskus oder in öffentlicher Versteigerung oder im Laden eines zünftigen Kaufmanns erkauft oder zu Pfand genommen sind, ebenso baar kursierendes Geld und Inhaberpapiere sind der Vindikation gänzlich entzogen.

Den germanischen Grundsätzen näher steht das öster-

8) A. L. R. I, 15, § 17 ff.

reichische Gesetzbuch[9]), betont jedoch vor allem bona fides und Entgeltlichkeit des Erwerbes. Gegen den bonae fidei possessor ist die Vindikation ausgeschlossen bei anvertrautem Gut. Hat der Besitzer die Sache auf einem Markt, in einer Versteigerung oder von einem zu diesem Verkehr befugten Gewerbsmann erworben, so kann sie, auch wenn sie gestohlen oder verloren ist, schlechthin nicht vindiziert werden.

Der an die germanischen Prinzipien sich am meisten anlehnende côde civil[10]) und das Badische Gesetzbuch unterwirft den Vindikanten gestohlener und verlorener Sachen einer Lösungspflicht, wenn sie auf einem Markt, in einer Versteigerung oder von einem Kaufmann erworben sind; die Vindikation anvertrauten Gutes ist gänzlich ausgeschlossen.

Das sächsische Gesetzbuch[11]) lehnt sich zwar im wesentlichen an die römischen Grundsätze an, macht aber hiebei zwei Ausnahmen, indem die Vindikation von Geld, Inhaberpapieren und nicht ausser Kurs gesetzten Wertpapieren nur gegen den malae fidei possessor, von Sachen, die in öffentlicher Versteigerung oder im Mess- und Marktverkehr, von einer zum Handelsbetrieb damit befugten Person erworben sind, zwar gegen den bonae fidei possessor, aber nur gegen Lösung statthaft ist.

Das Züricher Gesetzbuch[12]) lässt die Vindikation sowohl bei anvertrauten als auch bei gestohlenen und verlorenen Sachen, bei letzteren aber blos, wenn sie in öffentlicher Versteigerung oder auf offenem Markt erkauft sind, nur gegen Lösung zu.

Das Basler Gesetz vom 7. März 1864 gestattet die Vindi-

9) Oesterr. Ges.-B., § 367.
10) Côde civil, art. 2279 und 2280.
11) Sächs bürgerl. Ges.-B § 315.
12) Zür. Ges.-B. § 651 ff.

kation nur gegen den malae fidei possessor und den redlichen Besitzer einer durch Diebstahl abhanden gekommenen Sache.

Von den neuesten deutschen Kodifikationen lässt Art. 74 W.O. den Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust unberücksichtigt und schreibt vor, dass der nach Art. 36 W.O. legitimierte Besitzer eines Wechsels nur dann zur Herausgabe desselben angehalten werden kann, wenn er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung desselben eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt.

Was nun das Handelsgesetzbuch selbst betrifft, so stellt bereits Art. 327 des Württembergischen Entwurfs den Grundsatz auf, dass der redliche Besitz einer beweglichen Sache gegen Entwehrung schütze, ausser wenn die Sache dem Eigentümer verloren ging oder gestohlen wurde. Art. 413 überträgt diesen Schutz auch auf den redlichen Pfandbesitzer. Art. 167 thut der gesetzlichen Retentions- und Vorzugsrechte Erwähnung, während eine Anzahl weiterer Artikel die Vindikation sogar gestohlener und verlorener Sachen ausschliessen oder einschränken.[13]) Doch weder der Frankfurter noch der Preussische noch die beiden ersten Nürnberger Entwürfe berücksichtigen Erwerb oder Verfolgung des Eigentums oder Pfandrechts durch Aufstellung eines allgemeinen Rechtssatzes Zwar wurden die germanischen Prinzipien in der ersten Nürnberger Beratung anerkannt und dem dadurch Ausdruck gegeben, dass Art 339 zweiter Lesung entsprechend Art. 305 der ersten Lesung dahin gefasst wurde[14]):

> „Handelt der Kommissionär nicht gemäss dem übernommenen Auftrage, so ist er dem Kommittenten zum Ersatz des Schadens verpflichtet; der Kommittent ist

13) Art. 323. 325, 353, 413, 789 etc.

14) Prot. S. 688—693, 1186—1188.

nicht gehalten, das Geschäft für seine Rechnung gelten zu lassen; er kann aber die Waare von dem dritten redlichen Besitzer nicht zurückfordern."

Doch zog man es vor, in diesen für den Handelsverkehr höchst bedeutungsvollen Punkten das ganz verschiedene bürgerliche Recht nicht aufzuheben. Auch ein am Schlusse der ersten Lesung gestellter Antrag:

„Durch Handelsgeschäfte wird Eigentum und Pfandrecht an negotiablen Papieren erworben, auch ohne dass der Veräusserer oder Verpfänder ein Eigentums- oder Verpfändungsrecht an denselben besass, soferne nur der Erwerber sich in gutem Glauben befindet und die übrigen zum Erwerb des dinglichen Rechts erforderlichen Voraussetzungen vorhanden sind"

wurde einer Beratung nicht unterzogen.[15])

Erst zur dritten Lesung erging von der Preussischen Regierung der Antrag, für den Schluss des Art. 339 einen neuen Artikel aufzunehmen, welcher den ganzen Punkt erschöpfend behandeln sollte. Derselbe sollte folgenden Wortlaut haben:

„Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen oder Papiere, welche auf den Inhaber lauten und nicht ausser Kurs gesetzt sind, ingleichen wenn Konnossemente oder Ladescheine, welche auf solche Gegenstände lauten, von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb veräussert oder verpfändet und übergeben worden sind, so kann ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen zum Nachteil des redlichen Erwerbers oder Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger nicht geltend gemacht werden. Eine Ausnahme tritt ein, wenn die Gegen-

15) Prot. S. 872 und 874.

stände gestohlen oder verloren waren: in diesem Falle können dieselben gegen Rückgabe des dafür Geleisteten zurückgefordert werden. Soweit die Landesgesetze für den Besitzer noch günstigere Bestimmungen enthalten, werden dieselben durch diesen Artikel nicht berührt."

Die hiezu von den einzelnen Staaten gestellten Neben- und Gegenanträge waren teils beschränkender, teils erweiternder Natur.[16])

Nach zweimaliger Beratung kam nun Art. 306 in seiner jetzigen Fassung zustande; die Inhaberpapiere wurden ausgeschieden und in Art. 307 freieren Bedingungen unterworfen, während für die Ordrepapiere lediglich Art. 74 W.O. massgebend wurde; die in Art. 306 ausgesprochenen Grundsätze erhielten durch Art. 308 eine wesentliche Ausdehnung. Der somit in Anwendung kommende Art. 306 lautet dahin:

„Wenn Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe veräussert und übergeben worden sind, so erlangt der redliche Erwerber das Eigentum, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war. Das früher begründete Eigentum erlischt. Jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlischt, wenn dasselbe dem Erwerber bei der Veräusserung unbekannt war.

Sind Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben worden, so kann ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht zum Nachteil des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolger an den Gegenständen nicht geltend gemacht werden.

16) Prot. S. 4614—4620; 4609, 4610. Vgl. Zeitschr. für Handelsrecht IX, S. 3 und 4.

Das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs und Frachtführers steht einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich.

Dieser Artikel findet keine Anwendung, wenn die Gegenstände gestohlen oder verloren waren."

Nachdem es somit meine Aufgabe ist, in eine nähere Würdigung dieses Artikels einzugehen, habe ich es versucht, die sich daraus ergebenden Fragen unter allgemeine Gesichtspunkte zu bringen. Es ist daher zu erörtern:

I. Was ist unter „Waaren oder anderen beweglichen Sachen" im Sinne des Art. 306 zu verstehen?

II. Was gehört zur Veräusserung und Übergabe von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb?

III. Was versteht man unter „redlichem Erwerb"?

IV. Welche Folgen ergeben sich, wenn die Voraussetzungen des Art. 306 erfüllt sind?

V. Was fällt unter den Begriff der gestohlenen und verlorenen Sachen nach Art. 306?

I.

Was den Begriff der „Waaren oder anderen beweglichen Sachen" betrifft, so ist vor allem zu konstatieren, dass beide Ausdrücke nicht im Gegensatz, sondern völlig gleichbedeutend gebraucht sind.

Unter Waaren ist der Inbegriff der Güter zu verstehen, welche um ihrer äusseren Beschaffenheit sowie um ihrer inneren Natur willen fähig sind, Gegenstand des Umsatzes zu sein.[1]) Der Ausdruck „Bewegliche Sachen" bildet lediglich

1) Vergl. Goldschmidt: Handelsrecht I, § 60; Zeitschr. für Handelsrecht IX, S. 8.

eine Ergänzung derselben bzw. eine allgemeinere Bezeichnung des Waarenbegriffs.

Zur Kategorie der Mobilien im Sinne des Art. 306 gehört vor allem auch das Geld. Das gemeine Recht lässt zwar dessen Vindikation nur solange zu, als es noch nicht vermischt und unterscheidbar ist; die neueren Kodifikationen, wie das preussische Landrecht, das sächsische und österreichische Gesetzbuch entziehen das Geld der Vindikation gänzlich. Art. 306 hingegen erstreckt sich auf Metallgeld, auf Papiergeld jedoch nur dann, wenn das betreffende Land die gesetzliche Papierwährung hat, sonst ist für Papiergeld Art. 307 massgebend.

Der Warenbegriff des Art 306 ist jedoch verschieden von dem der gemeinrechtlichen merx, worunter alles, was Gegenstand des Kaufes sein kann, mit Ausnahme der Grundstücke zu subsumieren ist. Doch war zu dieser Zeit ein spezifisches Handelsrecht, wie jetzt, noch nicht ausgebildet; für den Handel hatten lediglich die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts Anwendung. Während nun das gemeine Recht eine Anzahl von Rechten zu den Mobilien zählt, liegt dies dem Handelsgesetzbuch, wie aus den Zusammenstellungen in Art. 67, 271, 273, 301, 309 und 313 ersichtlich ist, schon deshalb fremd, da es stets den Begriff der Sachen im Gegensatz zu Rechten gebraucht.[2]) Nach den Meinungen einzelner kann zwar nach heutigem Recht ein Recht sowohl Gegenstand des Eigentums als auch der Verpfändung sein;[3]) das Eigentum und Pfandrecht aber, welches Art. 306 verlangt, ist davon wesentlich verschieden. Das Handelsgesetzbuch kennt kein Eigentum an Sachen, welche man nicht percipieren kann, und wenn es nun auch beim Firmenrechte eine Ausnahme zu machen scheint,

2) Entsch. des Reichsg. B. XXVI, S. 45; B. XVIII, S. 58.

3) Dernburg: Pand. I, S. 706, Anm. 7. Dernburg: Pfandrecht I, § 64.

so erklärt sich dieselbe schon daraus, dass die Veräusserung desselben nur in Verbindung mit dem Handelsgeschäft, einem konkreten Gegenstand erfolgen kann.[4]) Es ist ferner, wie später des näheren erörtert werden wird, zur Anwendung des Art. 306 eine körperliche Übergabe nötig. Bei Rechten ist eine solche unmöglich Die Verpfändung des Abs. 2 bezieht sich nur auf die Verpfändung mit Besitzesübertragung, also auf das Faustpfand; sie schliesst also schlechthin eine Anwendung auf Rechte aus, da es undenkbar erscheint, wie körperlicher Besitz an einer unkörperlichen Sache erworben werden kann.

Im modernen Recht zählen Einige zu den Mobilien auch Forderungsrechte, das Autorrecht und Firmenrecht, das Recht auf Markenschutz und den Kux bei der Gewerkschaft neuerer Verfassung.

Was vor allem das Forderungsrecht betrifft, so kann dasselbe eine Geld- oder Waarenforderung enthalten.

Die Geldforderung kann in einer Schuldurkunde verbrieft sein oder nicht. Letzteres liegt z. B. bei Kaufleuten vor, welche im Kontokorrentverhältnis mit einander stehen. Veräussert nun in vorliegendem Falle ein Nichteigentümer den zu Gunsten eines der Kontrahenten sich ergebenden Aktivsold, so kann sich der redliche Erwerber auf den Schutz des Art. 306 nicht berufen. Diese Art der Forderungsrechte repräsentiert zwar einen Vermögenswert, einen Bestandteil des Vermögens des Gläubigers, über welchen er verfügungsberechtigt ist; er kann den die Forderung enthaltenen Saldo cedieren oder auch verpfänden Die Leistung ist aber eine zukünftige, das Forderungsrecht kein greifbares Recht an der Sache. Wenn es sich nun auch verwirklichen lässt, so kann Art. 306 deshalb nicht Platz greifen, da es keine Sache ist, welche sich

4) Art. 23 H.G.B.

ergreifen lässt und somit kein Eigentum im Sinne unseres Artikels begründet. Im übrigen wird die Frage wohl auch selten praktisch werden können, da bei einem derartigen Schuldverhältnis ein Nichtberechtigter nicht leicht in der Lage sein wird, über ein derartiges Recht zu verfügen, ohne dass ein Fall des Betruges vorliegen würde.

Die Geldforderung kann aber auch eine naturalis obligatio sein und hiebei erscheint das Rechtsverhältnis noch klarer. Veräussert z. B jemand eine einem anderen zustehende naturalis obligatio, so ist dieselbe für den redlichen Erwerb kaum realisierbar. Selbst der wirklich Berechtigte ist durch keinerlei Mittel im Stande, sich Befriedigung zu verschaffen; ihm stehen zur Eintreibung der Forderung keinerlei Mittel zu Gebote; er kann sie zwar cedieren; aber er wird niemanden zumuten können, dieselbe als Zahlung wenigstens für ihren strikten Geldwert zu übernehmen. Sie ist allerdings nicht ohne rechtliche Wirkung, was sich darin äussert, dass einmal Gezahltes nicht mehr zurückgefordert werden kann und nicht als Schenkung gilt, dass mit derselben, was jedoch nicht unbestritten ist, kompensiert werden kann und dass sie ferner Gegenstand der Sicherung durch Bürgschaft oder Pfand sein kann. Ein Recht, welches der Eigentümer jedoch nur schwer zu realisieren im Stande ist und über welches derselbe sogar nur eine ganz beschränkte Möglichkeit der Verfügung besitzt, kann jedenfalls, wenn es der Nichteigentümer veräussert, kein Eigentum erzeugen, da die Leistung überhaupt etwas Ungewisses ist, dessen Verwirklichung weder dem Eigentümer noch dem Veräusserer zusteht, sondern von dem freien Willen einer dritten Person, nämlich des Schuldners abhängig ist.

Ist jedoch das Forderungsrecht in einer Urkunde verbrieft, so gilt hiefür, soferne sie an Ordre lautet, Art. 305

H.G.B. und Art. 74 W.O.; ist sie als Inhaberpapier ausgestellt, so ist Art. 307 H.G.B. massgebend. Anders verhält es sich bei Namenpapieren;[5]) für den Rektewechsel findet zwar Art. 74 W.O. Anwendung; die Wirkungen dieses Artikels auch auf Namenpapiere zu übertragen, dieser Antrag wurde von der Nürnberger Kommission verworfen. Art. 229 des preussischen Entwurfs „Öffentliche Kreditpapiere haben die Eigenschaft der Waare", wurde eben mit Rücksicht darauf gestrichen, dass das germanische Vindikationssystem zu einer zu grossen Ausdehnung hätte gelangen können.

Auch der preussische Entwurf, welcher zur Grundlage des Art. 306 wurde, nennt ausser Waaren oder anderen beweglichen Sachen nur Inhaberpapiere, Konnossemente und Ladescheine.[6])

Auch daraus, dass das Handelsgesetzbuch an keiner Stelle der Namenpapiere Erwähnung thut, ist zu ersehen, dass der Gesetzgeber dessen Bestimmungen auf dieselben nicht angewendet wissen wollte. Schon diese äusseren Gründe berechtigen zur Verneinung dieser Frage; nicht minder einleuchtend ist aber der innere Grund.

Es ist klar, dass der gutgläubige Erwerber eines Namenpapieres viel weniger eines Schutzes bedarf, als der eines anderen Papiers. Denn der Erwerber desselben ist nicht nur im Stande, sondern hat sogar die Pflicht, sich über die Person

5) Dafür sind: Wächter: Handelsrecht § 22, Note 1. — v. Stubenrauch: Handbuch des österreichischen Handelsrechts S. 408. — Endemann: Handelsrecht § 83, Note 8 und § 84, Note 4. — Renaud: Das Recht der Aktiengesellschaft, § 44. Dagegen: Thöl: Handelsrecht, § 53. — Auerbach in Siebenhaars, Arch. XI, S. 344. — Hauser: eodem XVI S. 281. — Gareis und Fuchsberger: Kommentar S. 647. — Zeitschrift für Handelsrecht IX S. 7—11. — Staub: Kommentar S. 708. — Puchelt: Kommentar S. 833.

6) Vgl. Prot. S. 4613: 4614; 5069—5073.

seines Gewährsmannes zu orientieren; unterlässt er dies, so kann er, da er hiedurch mindestens eine grobe Fahrlässigkeit begeht, niemals in gutem Glauben sein.[7])

Das Recht auf eine unverbriefte Waarenforderung wird aus den gleichen Gründen wie auf eine derartige Geldforderung nicht Gegenstand des Art. 306 sein können; ist dieselbe jedoch in einem Konnossement, Lade- oder Lagerschein verbrieft, so lauten die Papiere meistens an Ordre und verlangen, dass Art. 305 H.G.B. in Anwendung komme.

In gleicher Weise gehören nicht Autorrechte hieher, da dieselben weder unter die Eigentumsrechte fallen noch ein Eigentum an beweglichen Sachen begründen; denn das Eigentum an dem nackten Stück Papier, an der Schrift oder Zeichnung ist für die Frage des Urheberrechts irrelevent.[8]) Zwar kann nicht geleugnet werden, dass das Werk als geistige Schöpfung in erster Linie dem Autor angehöre, der es geschaffen; dasselbe ist für ihn jedoch keine res corporalis, sondern nur das Produkt und der geistige Ausdruck seiner künstlerischen, dichterischen und schriftstellerischen Begabung.

Wenn nun damit gewisse Vermögenswerte verbunden sind, die ebenfalls vor allem dem Autor zustehen, so sind diese doch nur als ein accidentale des Urheberrechts aufzufassen. Gewiss weist gerade diese Seite desselben zweifellos eine dem Eigentum ähnliche Verwandtschaft auf und ist praktisch von höchster Wichtigkeit und Tragweite; auch muss zugegeben werden, dass der Begriff des Autorrechts erst durch das wachsende materielle Interesse zu einer klaren und deutlichen Erkenntnis gekommen ist; aber dennoch liegt der

7) Entsch. des Reichsg. X, S. 40; Entsch. des Reichsoberhandelsg. XVIII, S. 13; Urt. des O.L.G. Kiel vom 19. IX. 1889 in Zeitschrift für Handelsrecht XXXVIII, S. 183.

8) Vergl. Heuser l. c. XVI, S. 263.

Schwerpunkt desselben auf der Eigentümlichkeit und Neuheit des Werkes, sowie auf seiner Bedeutung in wissenschaftlicher und künstlerischer Beziehung, während die Fragen betreffs des Verlagswertes und der Verkehrstauglichkeit desselben nur nebensächlicher Natur sind. Obwohl die Frage nach der Konstruktion des Autorrechts eine sehr bestrittene ist, glaube ich mich doch der Meinung derjenigen anschliessen zu sollen, welche das Autorrecht und die verwandten Rechte in das Obligationenrecht verweisen, welchem Gedanken vor allem auch das Patentgesetz vom 7. April 1891 Ausdruck giebt.

In gleicher Weise dürfte auch das Firmenrecht unter das Obligationenrecht zu bringen und daher auch nicht unter die Bestimmungen des Art. 306 zu subsumieren sein. Eine gegenteilige Annahme würde dem vom Handelsgesetzbuch vertretenen Grundsatze der Firmenwahrheit zuwiderlaufen; dieses Prinzip würde vollständig bedeutungslos werden, wenn derjenige, welcher sich den Gebrauch einer Firma gesetzwidrig anmasst, diesen Mangel dadurch sanieren und daraus Vorteile ziehen könnte, dass es ihm glückt, jemanden zu finden, welcher dieselbe gutgläubig von ihm erwirbt. Art. 306 kann aber auch deshalb nicht eingreifen, weil derselbe seinen Schutz nur in den Fällen gewährt, wo schon einmal Rechte bestanden, während die blos scheinbare Firma trotz der Redlichkeit des Erwerbs, auf die hier kein Gewicht zu legen ist, niemals ein Recht der Existenz begründet.[9]) Vor allem zeigt sich aber die Richtigkeit unserer Behauptung dadurch, dass das Handelsgesetzbuch die Veräusserung einer Firma als solcher abgesondert von dem Handelsgeschäft nicht zulässt. Auch ist das Firmenrecht weder ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögensstück, noch steht dem Konkursverwalter eine Ver-

9) Entsch. des Reichsg. VII, S. 299; IX, S. 104; XXV, S. 5.

äusserungsbefugnis dieses Rechts ohne Einwilligung des Gemeinschuldners zu.[10])

Was das Markenschutzrecht betrifft, so hat dasselbe den ausschliesslichen Zweck, die Produkte oder Waaren eines Kaufmanns von anderen erkennbar zu machen; es steht dem Inhaber derjenigen Firma, für welche zuerst die Anmeldung erfolgt ist, allein zu. Es dürfte daher nicht zweifelhaft erscheinen, dass eine Veräusserung dieses Rechts den Prinzipien des Gesetzes widerspräche, welches den Zweck verfolgt, die Schwierigkeiten, welche sich sonst beim Gebrauch von Waarenzeichen ergeben würden, zu heben; es würde dies zum mindesten eine Umschreibung des Waarenzeichens im Zeichenregister erfordern, die aber im Gesetz nicht vorgesehen ist. Wenn somit das Recht des Eigentümers in seiner Veräusserungsfähigkeit eingeschränkt ist, muss dies noch viel mehr für den Nichteigentümer gelten.

Ebensosehr spricht für die Verneinung der Frage der Umstand, dass nach Ansicht vieler, wie auch nach meiner eigenen das Markenschutzrecht nicht in das Sachen-, sondern in das Obligationenrecht gehört.

Ebensowenig ist der im gemeinen Recht und den neuesten Partikulargesetzgebungen den Mobilien beigezählte Kux bei der Gewerkschaft neuer Verfassung eine bewegliche Sache im Sinne des Art. 306. Derselbe ist im Kuxschein verbrieft, welcher nur auf Namen, nie aber auf den Inhaber lauten darf. Infolgedessen kommen hier die Grundsätze des Artikels nicht zur Geltung, da dieselben, wie bereits oben gezeigt, für Namenpapiere nicht gelten.

Was als bewegliche Sache gelten soll, bestimmt nicht das Handelsgesetzbuch selbst, sondern es überlässt die Entscheidung darüber dem bürgerlichen Recht. Es kommen also in erster

10) Entsch. des Reichsg. IX, S. 106.

Linie die Reichsgesetze und subsidiär die Landesgesetze in Anwendung.

Vor allem ist zu untersuchen, ob die Mobilien, welche sich durch eigene Triebkraft vorwärts bewegen, bewegliche Sachen im Sinne des Art. 306 sind.

Was zunächst den lebenden Menschen betrifft, so steht derselbe in niemandens Eigentum; es giebt auch kein Eigentum an sich selbst. Daher ist er einer Veräusserung nicht fähig.

Dies gilt auch für künstliche Gliedmassen, soferne sie Bestandteil des menschlichen Körpers geworden sind[11]); wird andrerseits einer der Bestandteile desselben losgelöst z. B. im Fall des Abschneidens des Haupthaares, so kann an demselben Eigentum wohl erworben werden und Art. 306 in Anwendung kommen.

Anders erscheint das Ergebnis der Untersuchung betreffs des Leichnams. Derselbe ist zwar Sache[12]) und kann nach meiner Ansicht schon im voraus zu wissenschaftlichen Zwecken veräussert und verwendet werden. Kömmt nun der Leichnam dem wissenschaftlichen Institut abhanden, so dürfte Art. 306 anwendbar sein. Ist jedoch eine solche Verfügung seitens des lebenden Menschen nicht getroffen, so wird der Leichnam eine res extra commercium; denn die Erben werden nicht Eigentümer desselben, weil sie nur in die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers succedieren; da nun demselben kein Eigentum an sich selbst zusteht, kann dasselbe auch nicht auf die Erben übergehen. Eine Veräusserung einer Sache, welche des Eigentumserwerbes nicht fähig ist, kann somit auch dem gutgläubigen Erwerber kein Eigentumsrecht gewähren.

---

11) Dernburg: Pand. I, § 69, Anm. 2.

12) Dernburg: Pand. I, § 69; anders Goldschmidt: Handelsrecht S. 3, Anm. 3 a.

Tiere werden erst dann eines Eigentumserwerbes nach Art. 306 fähig, wenn sie sich im Gewahrsam eines Menschen befinden[13]) und somit aufgehört haben, Gegenstand der Okkupation zu sein.

Pertinenzen müssen derselben Behandlung unterzogen werden wie die Hauptsache, soferne sie als solche erklärt sind. Partikulargesetze bestimmen, dass die in einer Fabrik arbeitenden Werke und Maschinen jedenfalls als Zubehör derselben gelten müssen, Waaren und Rohstoffe jedoch nur im Falle einer besonderen Bestimmung.[14])

Auch der Fall ist zu erörtern, in welchem ein Teil einer Immobilie, der erst beweglich gemacht werden soll, veräussert wird, z. B. bei Verkauf der Früchte auf dem Halm oder von Steinen, die erst gebrochen werden sollen. Zwar hat die neuere Doktrin und Praxis[15]) einen derartigen Vertrag als einen Vertrag über bewegliche Sachen erklärt und dürfte es auch zweifellos feststehen, dass die abgepflückt gedachte Frucht eine bewegliche Sache ausmache. Auch § 714 R.C.P.O. geht von der nämlichen Ansicht aus, indem er Früchte, bevor sie vom Boden getrennt sind, zum Gegenstand der Mobiliarexekution macht. Aber ein Eigentumserwerb nach Art. 306 wird, solange die Bestandteile nicht getrennt sind, schon um deswillen nicht erfolgen können, da derselbe eine körperliche Übergabe verlangt, die hier unmöglich ist.

Auch die Behandlung von Sachgesammtheiten ist hier nicht unerwähnt zu lassen. Besteht eine solche nur aus Mo-

13) Vergl. Art. 295, Oesterr. Ges.-B.

14) Vgl. § 482 Zürich. Ges.-B.

15) Wächter II S. 221; Goldschmidt: Handelsrecht I, § 59, Note 25 ff.; Zeitschr. für Handelsrecht VIII, S. 633; XI S. 111; XVI S. 333; XXIII S. 508; Seufferts Archiv XVIII, S. 207; XXIV S. 209; XXVI S. 6; XXXII S. 21; XXXV S. 96, 274 und 275; Entsch. des Reichsoberhandelsg. XXI, S. 75.

bilien, so muss sie auch als bewegliche Sache selbst gelten; da jedoch der Begriff der Sachgesammtheit nur ein ideeller, in Gedanken schwebender ist, so ist in der Weise zu verfahren, als ob an jedem einzelnen Stück und nicht an der Gesammtheit als solcher das Eigentum erworben würde.

Was speziell die Waarenlager betrifft, so wurden dieselben im Mittelalter ähnlich den Immobilien behandelt; es fand an denselben sogar Verpfändung ohne Besitzesübertragung statt.[16]) Heutzutage wird man jedoch dieser Anschauung, soferne nicht Partikularrechte wie § 1818 und 1941 des sächs. G.B. anders bestimmen, nicht beipflichten können, da ihnen, abgesehen von ihrer Transportabilität, die wichtigsten Rechte, welche den Immobilien zustehen, wie Beurkundung in den öffentlichen Büchern, Hypothek etc., weder überhaupt noch in ähnlicher Weise eingeräumt sind. Eine Behandlung derselben als unbewegliche Sachen wäre nur dann möglich, wenn das Lager oder Magazin mitinbegriffen und die Waaren nur als Pertinenz desselben gedacht würden.

Karoussels und Marktbuden kömmt die Eigenschaft einer Mobilie zu. Dieselben sind zwar auf den Erdboden gesetzt, beruhen aber nicht mit ihrem Fundament fest verbunden in demselben und können daher leicht wieder weggenommen und transportiert werden.

Als eine weitere Frage, welche hier zu erörtern ist, muss die Anwendbarkeit der Bestimmungen des Art. 306 auf Seeschiffe betrachtet werden.[17]) Im römischen Recht werden dieselben als Mobilien behandelt.[18]) Das ältere deutsche Recht

16) Pauli, Abh. IV, U. B. — Kurtrierer L. R. v. 1712 t VII. — Gengler: Privatrecht § 36. — Heusler: Inst. des Privatrechts I § 67. — Beseler: Privatrecht § 75.

17) Dafür ist: Hauser l. c. XVI, S. 259 ff.; dagegen: Goldschmidt: Handelsrecht I, § 60 und 80; Gareis und Fuchsberger: Kommentar S. 647.

18) Vgl. l. 20 § 4 D quod vi aut clam 43, 24: Quod in nave fit vel

bricht jedoch mit dieser Auffassung[19]; es giebt eine Anzahl von Rechten, welche Seeschiffe in mancher Hinsicht den Immobilien gleichstellen; ebenso tritt dies Prinzip in auswärtigen Gesetzgebungen hervor.[20] Auch die Bestimmungen des fünften Teiles des Handelsgesetzbuches behandeln Seeschiffe den unbeweglichen Sachen ähnlich. Dafür spricht Art. 432, welcher vorschreibt, dass für die zum Erwerb durch die Seefahrt bestimmten Schiffe, welchen das Recht, die Landesflagge zu führen, zusteht, ein Schiffsregister zu führen ist, welches öffentlich und dessen Einsicht jedermann gestattet ist. Diese Beurkundung entspricht ganz den Eintragungen im Grund- und Hypothekenbuch. Ebenso muss nach Art. 433 Abs. 2 das Schiff und dessen Eigentumsverhältnisse genau festgestellt werden. Auch das Institut des Registerhafens kann als Beweis für unsere Behauptung angeführt werden, dieser soll eben für die Thätigkeit des Schiffes und des Rheders einen Mittelpunkt ausmachen. Ferner berechtigt zu unserer Annahme die Einrichtung des besonderen Gerichtsstandes des Heimathafens, sowie die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches über die vom Schiffer für den Rheder abgeschlossenen Geschäfte. Auch Art. 440, wonach in allen Fällen der Veräusserung des Schiffes oder einer Schiffspart jeder Teil das Recht hat, eine beglaubigte Urkunde über der Veräusserung zu verlangen, steht unserer Annahme nicht entgegen. Ebenso

---

in aliena qualibet re vel amplissima, mobili tamen, non continetur hoc interdicto.

19) Hamb. Stadtr. von 1270, I, 13; von 1292 C, 9; von 1497 H, 8 (Lappenberg), Lüb. R. III, 135, 147; III, 72, 82, 254 (Hach); Wisby'sches Seerecht, Art. XII (Schlyter pag. 192). Vergl. Stobbe, Privatrecht I, § 63; Heusler l. c. I S. 334.

20) Vgl. côde de commerce art. 190—214; Holländ. H.G.B., Art. 309 bis 319; Portugies. H.G.B., Art. 1287, 1293, 1298; v. Kaltenborn: Grundsätze des europäischen Seerechts I, § 41.

gleicht das Bodmereigeschäft in vielem unserer Hypothek, der Bodmereibrief unserem Hypothekenbrief; der einzige Unterschied besteht darin, dass ersteres keine Eintragung in die öffentlichen Bücher erfordert. Was die von gegnerischer Seite angeführte Zusammenstellung der Schiffe mit anderen beweglichen Sachen in Art. 67 betrifft, so ist dieselbe für unseren Fall irrelevant, da sie noch andere Sachen, wie z. B. Staatspapiere, die, soferne sie auf Namen lauten, auch nicht unter Art. 306 fallen, enthält und die Begriffe hierin nicht einander gleichgestellt, sondern im Gegensatz zu einander gebraucht sind.

Auch verschiedene Reichsgesetze sprechen sehr für die Behandlung der Seeschiffe als Immobilien. § 10 R.Str.P.O. bestimmt, dass bei einem auf einem Seeschiff begangenen Delikt das Gericht des Heimathafens oder des zuerst erreichten deutschen Hafens zuständig sei; es wird also das Schiff gleichsam als ein Stück des Heimatlandes betrachtet. Der nämlichen Auffassung entsprechen die Bestimmungen des § 61 ff. des Personenstandsgesetzes. Auch § 771 R.C.P.O. stellt Schiffe inbezug auf die Zwangsvollstreckung den unbeweglichen Sachen gleich und ordnet wie bei sonstigen Immobilien Einweisung des Gläubigers in den Besitz durch den Gerichtsvollzieher an.

Von Landesgesetzen soll nur das preussische Gesetz vom 13. Juli 1883 erwähnt sein, nach dessen § 1 Kauffahrteischiffe in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum unbeweglichen Vermögen zu rechnen sind.

Es entspricht somit der Auffassung der hauptsächlichsten Reichs- und einer grossen Anzahl von Landesgesetzen, die Schiffe zum unbeweglichen Vermögen zu zählen und dürfte daher auch unsere Annahme gerechtfertigt sein.

An Stelle des Art. 306 Abs. 2 findet auf Seeschiffe Art. 477[21]) Anwendung, welcher jedoch Art. 306 in manchen

21) Prot. S. 1655—1663; 3740 und 3741.

Beziehungen übertrifft, in anderen ihm wieder nachsteht. In Betreff der gesetzlichen seerechtlichen Pfandrechte und deren Verfolgbarkeit hat ebenfalls nicht Art. 306, sondern Art. 758 Geltung. Wenn nun in dem Fall, wo der Gesetzgeber den Pfandgläubiger berücksichtigt, der Eigentümer keinen Schutz geniesen soll, so ist dies umsomehr nicht anzunehmen, als gerade für die Eigentumsverhältnisse an Schiffen sehr strenge Bestimmungen aufgestellt sind. Auch hat im deutschen Recht der Satz: „Hand muss Hand wehren" niemals für Seeschiffe Geltung gehabt und ist aus den Protokollen[22]) erweislich, dass eine diesbezügliche Geltung auch nie beabsichtigt war. Nachdem nun Art. 306 erst in dritter Lesung eingefügt, also nachdem das Seerecht schon fertig gestellt worden war, ist umsomehr darauf zu schliessen, dass dieser Fall übersehen worden sei; denn sonst hätte man dem Prinzip des Art. 306, dem Schutz des gutgläubigen Erwerbes eine das Bedürfnis weit übersteigende Anwendung gegeben.

II.

Die Veräusserung bezw. Verpfändung muss von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erfolgt sein.[1]) Unter Veräusserung ist jedes Rechtsgeschäft zu verstehen, welches im Stande ist, die Aufgabe des Eigentums nach sich zu ziehen. Darunter ist also der Kauf, Tausch, Hingabe an Zahlungsstatt oder im Kontokorrentverhältnis etc. zu rechnen. Zur Veräusserung muss von Seite der Parteien der Wille kommen, auf den Erwerber Eigentum zu übertragen.[2])

22) Prot. 1661 und 1662.

1) Das Erfordernis ist beseitigt durch das Hamburg. Einf.-G. § 30 und das Brem. Einf.-G. § 30.

2) Vergl. Gareis und Fuchsberger l. c., S. 648; Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 15.

Ausserdem muss das Geschäft, abgesehen von dem irrelevanten vitium, welches in Anwendung des Art. 306 selbst liegt, ein rechtsgiltiges sein[3]); daher kommen hier simulierte Rechtsgeschäfte ausser Betracht.

Als Veräusserungsgeschäfte können nicht betrachtet werden alle Rechtsgeschäfte von Todes wegen; denn es kann hier nicht von einer Übergabe eines Kaufmanns die Rede sein; hieher gehört also weder Erbschaft noch Vermächtnis noch Schenkung auf den Todesfall.

Dagegen kann ein Verzicht eine Veräusserung in sich schliessen insbesondere, wenn er sich vermöge eines geschlossenen Vertrags als zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt; dies gilt jedoch in Anwendung des Art. 306 jedenfalls nicht vom beschränkten Verzicht, welcher z. B. die Geltendmachung des Rechts an einer Sache eine bestimmte Zeit ausschliesst und daher nicht das ausschliessliche Recht an einer Sache überträgt, sowie vom stillschweigenden, da derselbe nicht unbedingt ein zweiseitiges Rechtsgeschäft bildet; denn aus dem Unterlassen des Widerspruches gegen eine das Eigentum verletzende Handlung kann nicht mit voller Sicherheit die Aufgabe des Rechts gefolgert werden.[4]) Dem Verzicht ähnelt die Einräumung eines Privilegs seitens der Staatsgewalt; dieselbe bedingt Verlust des Rechts auf der einen, Erwerb desselben auf der anderen Seite; auch räumt der Staat nur mit Willen ein Privileg ein; daher fällt auch dieser Rechtsakt unter den Begriff der Veräusserung.

Zu den Veräusserungsgeschäften gehören aber auch Schenkungen; jedenfalls sind solche, welche ein Kaufmann an seine Bedienstеten oder Kunden vornimmt, Handelsgeschäfte.[5])

3) Hauser l. c. XVI, S. 272, Anschütz und Völderndorff, Kommentar III S. 157.

4) Dernburg: Pand. I § 83.

5) Dafür sind: Staub l. c. S. 707. — Hauser l. c. XVI S. 273; in

Denn es ist für das Veräusserungsgeschäft absolut nicht charakteristisch, dass es nur oneroser Natur sein kann; vielmehr fällt auch jede unentgeltliche Überlassung einer Sache unter diesen Begriff.

Wenn jemand zweien Personen für den Fall, dass sie sich zu einer offenen Handelsgesellschaft vereinigen, eine Sache verspricht, so ist die Verwirklichung dieses Versprechens nach Ansicht des Reichsgerichts als Veräusserungsgeschäft zu betrachten; die Bedingung fällt erst aus, wenn die Gesellschaft rechtlich existent geworden ist.

Aus ähnlichen Gründen wird man die Frage, ob die Illation in eine offene Handelsgesellschaft eine Veräusserung im Sinne des Art. 306 sei, bejahen müssen.[6])

Die Einbringung von Mitteln ist nur ein accidentale der Begründung der Gesellschaft, jedenfalls aber kein essentiale; dies zeigt sich schon darin, dass einzelne Mitglieder sich auch, ohne eine Einlage zu machen, mit ihren persönlichen Diensten als Gesellschafter beteiligen können. Zwar wird eine derartige Gesellschaft ohne die nötigen Mittel nicht leicht florieren können; doch sind dieselben nicht die notwendige Bedingung für ihre Existenz. Da nun das Rechtssubjekt der Gesellschaft ein von dem der Gesellschafter getrenntes ist, so ist die Sachlage so zu nehmen, als ob die Illation erst nach Begründung der Gesellschaft als eine Folge derselben erfolgt wäre. Zwar ist gemäss Art. 275 H. G. B. die Einbringung von Liegenschaften nicht in den Kreis der Handelsgeschäfte zu ziehen; doch muss

---

ähnlicher Weise Puchelt l. c. S. 833. — Dagegen: Wolf in der Zeitschr. für Handelsrecht VII S. 67. — Wächter: Handelsrecht § 22, Anm. 2. — Goldschmidt: Handelsrecht I S. 823; Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 15. — Hahn: Kommentar zu Art. 306 § 7.

6) Dafür ist: Entsch. des Reichsg. B. IX S. 145. — Staub l. c. S. 707. — Puchelt l. c. S. 833. — Dagegen: Striethorst's Arch. B. 91, S. 143 ff. — Buschs Arch. IXX S. 35.

die Illation von Mobilien zu denselben jedenfalls gerechnet werden. Für diese Annahme spricht auch Art. 85 H. G. B., wonach zur Eingehung des Gesellschaftsvertrages keinerlei Form nötig ist, was Art. 317 H. G. B. für alle Handelsgeschäfte als Prinzip aufstellt.

Ebenso ist auch die Teilung der Gesellschafter selbst oder deren Erben, welche bei Auflösung der Gesellschaft erfolgt, als Handelsgeschäft zu betrachten.

Auch die Verwirklichung einer Auslobung, die Erfüllung eines Gelübdes oder einer Stiftung kann eine Veräusserung in sich begreifen.

Ferner ist zu untersuchen, ob die gerichtliche Konfiskation und Einziehung einer Sache unter den Begriff der Veräusserung fällt. Die Veräusserung ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und setzt sowohl willentliche Aufgabe wie Erwerb des Rechtes voraus. Vorliegende Art des Eigentumserwerbs gehört unter die Eigentumszuteilungen durch Richterspruch und ist jedenfalls derivativ; der Staat okkupiert nicht, da schon Eigentum bestand. Der von der Strafe betroffene wird nicht leicht den Willen haben, sein Eigentum an den Gegenständen auf den Staat übergehen lassen zu wollen; es liegt somit kein Veräusserungsgeschäft vor[7]). Ausserdem kann gemäss § 295, 296a, 360 und 369 R. Str. G. B. der Staat auch Sachen einziehen, von welchen er sogar weiss, dass sie einem Dritten gehören und ist daher die Anwendung des Art. 306 ohnehin ausgeschlossen.

Unter Verpfändung ist das Pfandrecht zu verstehen, welches durch Aushändigung der Sache an den Gläubiger konstituiert wird. Sie ist unter den Handelsgeschäften des Art. 273 Abs. 1 H. G. B. mit inbegriffen; für sie sind Art. 309, 313 u. 317 H. G. B., sowie das bürgerliche Recht massgebend.

7) Vergl. Dernburg: Pand. I § 218. — Arndts: Pand. § 147, Anm. 1.

Was den Ausdruck „Kaufmann in dessen Handelsbetriebe" betrifft, so richtet sich die Interpretation des ersteren Ausdrucks nach Art. 4 H. G. B. Dieser Artikel nennt denjenigen Kaufmann, welcher gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreibt; doch können es nur Grundhandelsgeschäfte sein. Die Gewerbemässigkeit bedeutet die Existenz einer dauernden Einnahmequelle und deckt sich nicht mit Gewohnheitsmässigkeit. Der Betrieb muss also Vorteil bringen und soll nicht ein einzelnes Geschäft zum Gegenstand haben, sondern eine ganze Reihe; er muss ferner eine der Berufsthätigkeiten des Mannes bilden und darf sich nicht blos auf einzelne mehrere gelegentliche Geschäfte erstrecken. Doch wird die Kaufmannseigenschaft absolut nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Betreffende noch einem anderen Beruf nebenbei obliegt oder den gewerbemässigen Abschluss von Handelsgeschäften nur als Nebenberuf betreibt.

Handelsbetrieb ist der örtliche Mittelpunkt und der Inbegriff der Thätigkeit des Kaufmanns.

Für die Auslegung des Begriffes der Handelsgeschäfte, auf welchen Art. 4 H. G. B. verweist, ist Art. 271 ff. H. G. B. massgebend. Hierunter fallen also vor allem die absoluten und relativen Handelsgeschäfte. Auch die in Art. 273 Abs. 1 und 2 angeführten Handelsgeschäfte sind hinzuzurechnen, insbesondere wenn sie die Anschaffung von Geräten, Material und anderen beweglichen Sachen, welche beim Betrieb des Gewerbes unmittelbar benutzt oder verbraucht werden sollen, zum Gegenstand haben. Hiebei ist jedoch das besondere Gewicht darauf zu legen, dass der Kaufmann in dieser seiner Eigenschaft, sowie im Betrieb seines Handelsgewerbes veräussert. Nimmt daher der Kaufmann in einer anderen Eigenschaft z. B. als Grossgrundbesitzer eine Veräusserung vor, so kömmt dieselbe für die Anwendung des Art. 306 ausser Be-

tracht[8]). Hat dagegen ein Fabrikbesitzer, welcher Kaufmann ist, Maschinen, welche er zum Fabrikbetrieb benötigt und hiezu benutzt hat, verkauft und übergeben, so ist das ein Handelsgeschäft und folglich treten die Wirkungen des Art. 306 ein. Ob der Verkauf zum Vorteil oder Nachteil des Etablissements geschehen, ob er bei Auflösung oder ob der Ankauf nach Neugründung desselben erfolgt, ist gleichgiltig; die Anwendung unseres Artikels rechtfertigt allein schon die Bezugnahme auf Art. 273 Abs. 2 H. G. B.[9]).

Der Begriff des Voll- und Minderkaufmanns ist für diesen unseren Fall irrelevant; der Wirt ist zwar Minderkaufmann; doch sind seine Geschäfte Handelsgeschäfte[10]). Verkauft derselbe zum Beispiel Möbel, welche er zur Beherbergung seiner Gäste benützt hat, so geschieht dies innerhalb seines Handelsbetriebs und ist daher Handelsgeschäft, da es für ihn, der sich aus dem Beköstigen der Leute ein Gewerbe macht, ein Hilfsgeschäft bildet[11]); verkauft er hingegen Baumaterial, welches er zum Zweck der Verwendung in seinem Gasthof angeschafft, aber nicht benützt hat, so ist dies auf seiner Seite kein Handelsgeschäft, da es sich hier weder um Anschaffung von Waren zum Zweck der gewerbsmässigen Wiederveräusserung noch um unmittelbare Benützung und Verbrauch des Baumateriales im Gewerbebetrieb handelt[12]).

Inbetreff des Art. 273 Abs. 3 H. G. B. muss jedoch entschieden von dem in demselben enthaltenen Prinzip eine Ausnahme gemacht werden. Wir haben oben festgestellt, dass der Begriff des Voll- und Minderkaufmanns für die Anwendung des Art. 306 gleichgiltig sei. Zu den Minderkaufleuten gehören

8) Hauser l. c. XVI, S. 272.

9) Entsch. des kgl. Obertribunals B. 71, S. 42.

10) Entsch. des Reichsoberhandelsg. XXIV S. 270.

11) Vergl. Entsch. des Reichsoberhandelsg. XXII S. 329.

12) Vergl. Entsch. des Reichsoberhandelsg. X S. 242.

nach Art. 10 H. G. B. Höker, Trödler und Hausierer und dergl. Handelsleute von geringem Gewerbebetrieb, ferner Wirte, gewöhnliche Fuhrleute, Schiffer und Personen, deren Gewerbe nicht über den Umfang des Handwerksbetriebes hinausgeht. Sollten nun die ersteren den Schutz des Art. 306 geniessen, während die letztgenannte Klasse der Minderkaufleute hievon ausgeschlossen wäre, so dürfte dies eine bedeutende Benachteiligung des Handwerkerstandes ausmachen, wofür ein Grund eigentlich nicht ersichtlich ist. Somit ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber auf die Minderkaufleute und somit auch auf die Handwerker nur die in Art. 10 H. G. B. angeführten handelsrechtlichen Institute nicht angewendet wissen wollte. Die Protokolle der Nürnberger Konferenz[13]) beweisen, dass Art 273 Abs. 3 H. G. B. nicht den Zweck verfolgt, den Handwerker von den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches überhaupt auszuschliessen; der Handwerker ist nach dem Gesetz Kaufmann und die Ausnahmebestimmung des Art. 273 Abs. 3 wurde nur aus Rücksicht für die mit Handwerkern kontrahierenden Personen geschaffen[14]). Da ausserdem der Abschnitt von den Handelsgeschäften ein ganz spezieller, von den anderen abgeschlossener Teil des Handelsgesetzbuches ist, welcher sonst nicht berücksichtigt, ob ein Handelsgeschäft vorliegt oder nicht, so hat die Stellung dieses Artikels in diesem Abschnitt keinen Einfluss. Daher ist der Ausdruck „Handelsbetrieb" auch auf den Handwerksbetrieb auszudehnen, zumal ein Teil der Geschäfte des Handwerkers ohnehin schon aus anderen Gründen zu den Handelsgeschäften gehört[15]).

13) Prot. S. 1298 ff. und 1424.

14) Entsch. des Reichsg. XX S. 128.

15) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 824. — Anschütz und Völkendorf l. c. III S. 155. — Puchelt l. c. S. 833; ähnlich Hauser l. c. XVI S. 273; hiegegen Staub l. c. S. 708. — Cosack S. 112.

Ebenso erstrecken sich die Wirkungen unseres Artikels auch auf die präsumtiven Handelsgeschäfte.

Handelsgeschäfte sind jedenfalls auch alle diejenigen Rechtshandlungen, welche eine Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, eingetragene Genossenschaft oder Gesellschaft mit beschränkter Haftpflicht im Betrieb ihrer Unternehmung vornimmt, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in Handelsgeschäften besteht.

Auch Handlungen des Fiskus, soferne demselben die Kaufmannseigenschaft zusteht, sind Handelsgeschäfte; dies trifft insbesondere zu beim Betrieb einer Staatsbahn, bei der Reichspost inbezug auf den Debit von Zeitungen und Zeischriften [16]) und den Posttransport von Gütern und Geldbriefen.

Der Verkauf durch Handelsmäkler oder in öffentlicher Versteigerung [17]) gehört hingegen nicht hiezu.

Handelsgeschäfte kann auch eine Ehefrau abschliessen, soferne sie den eheherrlichen Konsens hat, ebenso nach Landesgesetzen ein emanzipierter Minderjähriger. Treibt nun eine Ehefrau, zwar ohne Einspruch, jedoch ohne Wissen und Willen des Ehemannes ein Handelsgeschäft, so ist die Frau kein Kaufmann und ihre Geschäfte fallen insoweit nicht unter die Handelsgeschäfte, als sie den Begriff „Kaufmann" voraussetzen. Auch wenn eine Person, welcher z. B. nach bayerischen Landesgesetzen [18]) verboten ist, ein Handelsgewerbe zu treiben z. B. ein Bezirksamtmann verbotwidrig ein derartiges Gewerbe betreibt, liegt ein Handelsgeschäft vor, da hier Art. 276 H G.B. Platz greift.

16) Entsch. des Reichsoberhandelsger. XXIII S. 9.

17) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 823, Note 11. — Hauser l. c. XVI S. 273 ff.; Zeitschrift für Handelsrecht IX S. 25. — Hahn l. c. II S. 104. — Staub l. c. S. 708.

18) Verf.-Urk. Beil. IX § 21 Abs. I und III; Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 § 12 Abs. 2. — Seydel: Bayr. Staatsrecht III S. 395.

Hat ein offener Handelsgesellschafter dem Konkurrenzverbot zuwider im Geschäftszweige der Gesellschaft ein Geschäft abgeschlossen, so ist dasselbe ebenfalls als Handelsgeschäft zu betrachten.

Ein Kaufmann, welcher in Konkurs gerät, fährt ungeachtet seiner früheren Kaufmannseigenschaft nur dann fort, Kaufmann zu sein, wenn er nach eröffnetem Konkurs Handelsgeschäfte betreibt.[19])

Fraglich ist, ob die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft Kaufleute sind oder nicht. Bei der offenen Handelsgesellschaft ist hier die Art der Bestellung zu unterscheiden. Sind die Gesellschaften selbst die Liquidatoren, so dürfte ihnen die Kaufmannseigenschaft zustehen,[20]) da die Gesellschaft erst mit Abschluss der Liquidation beendet ist und daher erst hiemit ihre Eigenschaft aufhört. Ist die Liquidation anderen Personen übertragen oder sind die Liquidatoren durch den Richter bestellt, so dürfte ihnen als solchen die Kaufmannseigenschaft nur dann zukommen, wenn sie sich gewerbsmässig mit Vermögensauseinandersetzungen befassen; denn die Liquidation ist nach meiner Ansicht gemäss Art. 272 Abs. 4 H.G.B. ein Handelsgeschäft. Das Gleiche gilt bezüglich der Kommanditgesellschaft auf Aktien für die als Liquidatoren bestellten Kommanditisten und für die Liquidatoren einer Aktiengesellschaft, wenn dieselben nicht die Vorstandsmitglieder selbst sind.

Veräussert ein Prokurist oder Handelsbevollmächtigter, so treten die Wirkungen unseres Artikels, soferne er für einen Kaufmann handelt und seine Prokura oder Vollmacht nicht überschreitet, ein; ebenso verhält es sich bei Rechtsgeschäften des Konkursverwalters, wenn ihm nach Eröffnung des Konkurses die Fortführung des Geschäftes übertragen ist.

19) Entsch. des Reichsg. XIII S. 152.

20) Entsch. des Reichsoberhandelsg. XXII S. 328; XXIII S. 144.

Des weiteren ist nun zu untersuchen, was unter Übergabe zu verstehen sei.[21]) Der Rechtsakt schliesst mit der Übergabe; erst durch sie erlangt der redliche Erwerber Eigentum.

Was nun, um eine Übergabe im Sinne des Art. 306 zu bewirken, genügen soll, muss für das ganze Geltungsgebiet des Handelsgesetzbuches auf den gleichen rechtlichen Auffassungen beruhen[22]); es muss dieser Akt geeignet sein fremdes Eigentum oder andere dingliche Rechte zum Erlöschen zu bringen. Jedenfalls ist nun eine wirkliche körperliche Übergabe nötig. Nicht hinreichend erscheint ein constitutum possessorium, wodurch der frühere Besitzer fortan für den anderen Teil besitzt, wenn der Vertrauensmann anvertraute Gut treulos an einen Dritten veräussert.

Dasselbe enthält nämlich nur eine Veränderung des animus, nicht aber des corpus possessionis. Veräussert also der Detentor eine Sache um sie gleichzeitig für den Erwerber wieder zu detinieren, so geht hiedurch der Besitz für den Vertretenen infolge der Sonderung des animus und corpus nicht verloren. Da nun zum Verlust des Besitzes ein gleichzeitiges Aufgeben des animus und corpus erforderlich ist, so kann dem Prinzipal durch den Akt des Detentors sein Recht nicht verloren gehen.[23]) Erlangt nun aber der dritte Erwerber

21) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 825 ff. — Hauser l. c. XVI S. 274 ff.; Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 15. — Gareis und Fuchsberger l. c. S. 650. Anschütz und Völderndorff l. c. III S. 157. — Staub l. c. 708. — Puchelt l. c. S. 833.

22) Entsch. des Reichsg. XIV S. 39.

23) Dies widerspricht der herrschenden Ansicht, wonach der Detentor als solcher zwar nicht Eigentum, wohl aber den Besitz durch constitutum possessorium erwerben kann, was aus l. 47 D. d. a. v. a. p. 47, 2 folgen soll. Vgl. Entsch. des Reichsg. XIX S. 239. — Windscheid: Pand. I § 155; juristische Monatschr. v. Becher, Jahrg. 1891 Nr. 2; gleicher Ansicht mit mir sind Dernburg: Pand. I § 182 Note

nicht einmal den Besitz, so kann ihm auch nach Art. 306 das Eigentum nicht zugesprochen werden. Dasselbe gilt auch für den Fall, dass dem Veräusserer der Sache das Eigentum, einem andern aber ein Pfandrecht oder anderes dingliches Recht zustand, schon um deswillen, weil die Annahme kaum berechtigt sein dürfte, dass der Gesetzgeber für den Nebenfall andere Voraussetzungen habe aufstellen wollen, als für den Hauptfall.

Auch eine symbolische Tradition oder sogar, wenn der Veräusserer dem Erwerber die Sache behufs Tradition durch Hinlegen oder Hinzeigen überweist, was in der Regel zu einer wirklichen Tradition genügen würde, kann nicht für hinreichend erklärt werden; allein und nur die körperliche Übergabe kann gefordert werden. Zur Begründung dieses Postulats muss l. 12 C. de acqu. poss. 7,32 verb.[24]) herangezogen werden, deren Interpretation allerdings sehr bestritten, aber für diesen unseren Fall von grösster Relevanz ist. Diese Stelle sagt wörtlich, dass nichts im Stande sein soll, dem Prinzipal den Besitz zu entfremden. Erwirbt nun jemand von einem Vertreter, so kann er den Besitz erst durch Okkupation erlangen, da nach dieser Auffassung eine eigene Detention des Prinzipals vorliegt und der Besitzerwerb durch eine einseitige Handlung erfolgen muss. Daher ist für den Erwerber eine Handlung nötig, vermöge deren Okkupationsbesitz erworben werden kann, nämlich dadurch, dass er die Sache in seinen Gewahrsam gebracht hat, d. h. indem ihm die faktische Möglichkeit gegeben

7 und Fitting in der Zeitschr. für Handelsrecht XVI S. 336, sowie eine grosse Anzahl älterer Juristen.

24) Definimus, ut sive servus sive procurator vel colonus vel inquilinus vel quispiam alius, per quem licentia est, nobis possidere, corporaliter nactam possessionem cuiusque rei dereliquerit vel alii prodiderit, desidia forte vel dolo, ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere, nihil penitus domino praejudicii generetur.

ist, von derselben fremde Eingriffe abwehren zu können. Das nämliche gilt gemäss dem früher gesagten auch für den Nebenfall, dies für das Pfandrecht schon deshalb, weil nach Art. 309 H.G.B. für die Bestellung eines Faustpfandes schlechthin das bürgerliche Recht massgebend sein soll.

Dass aber zur Anwendung des Art. 306 eine körperliche Übergabe erforderlich sein muss, ist ausserdem aus einem geschichtlichen Grunde sowohl wie aus einem praktischen zu ersehen. Ersterer beruht darauf, dass unser Artikel sich lediglich als eine Fortbildung und Neuformulieruug des Satzes: „Hand muss Hand wahren" darstellt und dieser nur den dritten wirklichen körperlichen Besitzer schützend aufgefasst worden ist. Letzterer äussert sich darin, dass Art. 306 vorzugsweise aus wirtschaftlichen Gründen im Interesse der Sicherheit des Verkehrs geschaffen worden ist und dass es daher billig erscheint, seine Anwendung auf ein blosses constitutum possessorium oder ähnliche Übergabsakte, welche keine wirkliche körperliche Tradition in sich schliessen, ihm abzusprechen.[25]) Die Vergünstigung des gutgläubigen Erwerbers begreift eine Schmälerung der Rechte des Eigentümers in sich; gerade deshalb wäre eine Ausdehnung auf die Übergabe mittelst constitutum possessorium nicht am Platze, da ein derartiger Rechtsvorgang nach aussen hin wohl kaum bemerkbar sein dürfte.

Es ist also nur die Übergabe als genügend anzusehen, durch welche die Sache in den Gewahrsam des Erwerbers übergeht oder in demselben vermöge brevi manu traditio verbleibt und in den Gewahrsam eines solchen Stellvertreters übergeht oder in demselben verbleibt, welcher nunmehr die Detention für den Erwerber übernimmt.

25) Entsch. des Reichsg. XXVII S. 26; hiegegen Anschütz und Völderndorff III S. 159. Vgl. Entsch. des bayr. obersten Gerichtshofes I S. 182 ff.

Der letztere Fall ähnelt der Anweisung. Hiebei ist jedoch zu unterscheiden, ob die Besitzesübertragung dadurch vollzogen wird, dass der dritte Erwerber angewiesen wird, den Besitz für den Erwerber auszuüben und diese Anweisung acceptiert wie nach § 66 ff. I, 6 A.L.R.; diese Übergabe ist nur dann geeignet, wenn sie in einer Urkunde verständlichen Ausdruck gefunden hat.[26]) Wird hingegen dem Detentor die Anweisung bekannt gemacht, ohne dass er ihr widerspricht und acceptiert sie derselbe vielmehr ausdrücklich, so dürfte dies den Voraussetzungen des Art. 306 entsprechen.[27])

Auch wenn der Veräusserer dem Erwerber die Sache wirklich tradiert hat, um sie nachher sofort von ihm zurückzuerhalten, kann nicht für genügend erklärt werden, da dies ein simuliertes Rechtsgeschäft ist und Art. 306 nicht zur Begünstigung des Betrugs, sondern zum Schutz des gutgläubigen Erwerbs geschaffen ist.

Der Übergabe der Waare ist nach Art. 649 u. a. gleichgestellt die Übergabe derselben durch die sogenannten Traditionspapiere, nämlich Konnossement, Ladeschein und Lagerschein, bei ersterem jedoch ausdrücklich nur dann, wenn es an Ordre gestellt ist. Dass ein solches Papier diesen Zweck zu erfüllen im Stande ist, ergibt sich aus Art. 374 H.G.B.; es ist auch für den Handelsverkehr deshalb geschaffen, da es hiebei geradezu oft nicht blos unthunlich, sondern sogar unmöglich ist, die Waare in eigenen Gewahrsam zu nehmen und Gründen der Zweckmässigkeit entspricht, auch ohne diesen Naturalgewahrsam den Erwerb unanfechtbar zu machen.[28]) Lautet nun, wie regelmässig, das Traditionspapier an Ordre, so ist für den Erwerb desselben Art. 305 H.G.B. und somit Art. 74

26) Entsch. des Reichsg. V S. 185.
27) Entsch. des Obertribunals B. 54 S. 62.
28) Entsch. des Reichsg. B. XXVIII S. 39.

W.O. massgebend. Andererseits richtet sich der Erwerb der darin bezeichneten Waaren nach den Bestimmungen des Art. 306. Wir stehen also hier vor der Frage, ob in unserem Fall die Anwendung des Art. 305 H.G.B. nur das Eigentum an dem nackten Stück Papier begründen könne, während für die Erlangung der Waare die wesentlich strengeren Vorschriften des Art. 306 eintreten müssten. Somit wäre, nachdem letzterer Artikel noch Erwerb von einem Kaufmanne verlangt und unfreiwilligen Besitzesverlust ausschliesst, soferne diese Umstände vorliegen, das Recht aus dem Papiere nicht realisierbar. Wenn es nun auch nicht häufig vorkommen wird, dass in einem solchen Falle die Voraussetzungen des Art. 306 nicht zutreffen, so ist diese Inkongruenz doch nur dadurch zu beseitigen, dass man für den Erwerb der Waare durch Traditionspapiere den Art. 306 ausschliesst und den Art. 305 und 649 H.G.B. die Regelung dieser Frage überlässt. Hiefür spricht nicht nur der Umstand, dass schon in früheren Zeiten der Besitz der Traditionspapiere im Vergleich zu dem der Waare als wichtiger betrachtet wurde[29]), als auch die Dringlichkeit des Verkehrs. Nicht minder ist dies jedoch daraus zu entnehmen, dass in allen sonstigen Fällen Art. 305 H.G.B. und Art 74 W.O. die die Ordrepapiere betreffenden Ansprüche inbezug auf Begünstigungen gleich den Papieren selbst behandelt.[30]) Wollte man dies also in Vorliegendem nicht thun, so würde man wohl eine Ausnahme von der Regel machen, was, zumal das Traditionspapier, ebenfalls ein Forderungsrecht, wenn auch eine Waarenforderung, verbrieft, weder zweck-

29) Hamb. N. F. O. Art. 25; spanisches Gesetz vom 9. Juli 1862; französisches Gesetz vom 28. Mai 1858. Vgl. Goldschmidt: Handelsrecht I § 80 und 73 Note 9, 16, 31 und 37; Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 18 Note 16.

30) Entsch. des Reichsg. IV S. 149.

mässig noch den Intentionen des Gesetzgebers entsprechend erscheinen dürfte.

Die Übergabe ist mit der körperlichen Besitzergreifung oder Bergung der Sache in den Gewahrsam des Erwerbers vollendet. Übersendet nun ein Kaufmann einem anderen Waaren zur Ansicht, so frägt es sich, wann die Übergabe erfolgt ist für den Fall, dass der Oblat irgend welche ankauft und wann somit der redliche Erwerber derselben sich auf Art. 306 berufen kann. Der hier in Frage stehende Fall ist als eine Offerte aufzufassen, an deren Annahme die sofortige Verwirklichung des Vertrags geknüpft ist. Annahme und Übergabe fallen nun hier zusammen; denn der Oblat ist sofort in der Lage, an den Gegenständen wirklichen Besitz zu ergreifen. Es muss also der Zeitpunkt der Abgabe der Annahmeerklärung auch als der der Übergabe gelten, vorausgesetzt, dass der Offerent seinen Antrag nicht vorher widerrufen hat. Wird diese Erklärung unter Suspensivbedingungen oder Einschränkungen abgegeben, so gilt dies gemäss Art. 322 H.G.B. als eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage; in diesem Fall ist die Tradition erst mit Ausfall der Bedingung oder Genehmigung der Einschränkung vollendet. Die Einwilligung kann auch stillschweigend erfolgen, wenn insbesondere zwischen dem Offerenten und Oblaten eine Geschäftsverbindung besteht oder wenn eine Abmachung unter den Geschäftsleuten dahin vorhanden ist, dass im Falle der Genehmigung der Offerte eine Annahme nicht erfolgen soll. Es dürfte wohl unmöglich sein, hier einen ganz bestimmten Zeitpunkt zu fixieren, in welchem die Übergabe dem Offerenten und der Aussenwelt gegenüber als vollzogen gelten sollte. Hat jedoch der Offerent mit dem Zeitpunkt, in welchem er bei ordnungsmässiger, rechtzeitiger Absendung der Antwort den Eingang derselben erwarten darf, dieselbe nicht, so muss

ihm, sowie der Aussenwelt gegenüber die Übergabe als bewirkt gelten.

Die Untersuchung, wann das Eigentum auf den redlichen Erwerber bei einem Kauf auf Besicht oder Probe übergehen soll, muss zwischen dem suspensiv und resolutiv bedingten Kauf unterscheiden. Der Kauf auf Probe ist unter der im Willen des Käufers stehenden Bedingung geschlossen, dass der Käufer die Waare besehen oder prüfen und genehmigen werde. Ist nun die Bedingung, wie im Zweifel, eine aufschiebende, so erwirbt unbestritten der redliche Erwerber erst mit Ausfall derselben Eigentum. Anders verhält es sich beim resolutiv bedingten Kauf. Hiebei hat der Erwerber während des Schwebens der Resolutivbedingung alle Rechte des Eigentümers; er kann die Sache veräussern, verpfänden und die rei vindicatio zur Wiedererlangung derselben anstellen[31]); das Eigentum erlangt er mit der körperlichen Tradition. Folglich kann derjenige, welcher eine Sache unter einer Resolutionsbedingung unter den Voraussetzungen des Art. 306 erworben hat, nachdem er dieselbe in seinen Gewahrsam gebracht hat, sich auf den Schutz dieses Artikels berufen.

Der Kauf nach Probe ist unbedingt, jedoch unter der Verpflichtung des Verkäufers geschlossen, dass die Waare der Probe oder dem Muster gemäss sein werde; daher geht das Eigentum sofort mit der wirklichen Übergabe der Sache auf den Erwerber über. Ebenso liegt es beim Kauf zur Probe, der ja auch ein unbedingter Kaufvertrag nur unter Angabe des Beweggrundes ist.

Bei Veräusserung oder Verpfändung einer zukünftigen Sache, z. B. eines Tieres, das erst geboren werden soll, kann Art. 306 erst dann Platz greifen, wenn die Sache entstanden

31) Vgl. Dernburg: Pand. I S. 259 § 112. — Vangerow: Pand. I § 96. — Windscheid: Pand. I § 86 und 90.

und in Händen des Veräusserers oder dessen Stellvertreters ist und daher an derselben eine wirkliche Übergabe stattfinden kann.

III.

Was unter redlichem Erwerb zu verstehen sei, hat das Handelsgesetzbuch unentschieden gelassen. Es kommen somit die civilrechtlichen Grundsätze zur Anwendung.

Unter bona fides versteht man die Überzeugung, dass man bei Erlangung des Besitzes kein materielles Unrecht verübe.[1])

Es gilt also im wesentlichen Landesrecht, welches teils für den Besitzer günstigere, teils härtere Bestimmungen enthält. Wenn jedoch das Handelsgesetzbuch in Abs. 1 des Art. 306 das Unbekanntsein des Erwerbshindernisses als eine Definition der Redlichkeit zu geben scheint, so ist dies nicht zutreffend. Wie aus den Protokollen[2]) ersichtlich ist, ist diese Frage, als civilrechtlich höchst bedeutungsvoll, einer allgemeinen Regelung absichtlich nicht unterzogen worden.

Civilrechtlich gilt nicht sowohl derjenige als unredlicher Erwerber, welcher sich durch objektives Unrecht in den Besitz der Sache gesetzt hat, sondern auch derjenige, welchem beim Besitzerwerb grobe Fahrlässigkeit oder unentschuldbarer Irrtum zur Last fällt. Auch § 846 des Entwurfs des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches zweiter Lesung giebt von der bona fides die gleiche Definition. Ebenso spricht aber Art. 74 W.O., auf welchen Art. 305 H.G.B. Bezug nimmt, den nämlichen Grundsatz aus. Es erscheint klar, denselben auch auf Art. 306 zu übertragen, zumal sonst eine nicht unerhebliche Inkongruenz zwischen dem Urteil des Civil- und

1) Windscheid: Pand. I § 176. — Dernburg: Pand. I § 194.
2) Prot. S. 5091.

Strafrichters eintreten würde. Stellt der Erwerb ein Delikt im Sinne des § 260 R.Str.G.B. dar, so erfordert derselbe dolus, welcher die Redlichkeit ohnedies ausschliesst. Anders verhält es sich, wenn nach § 259 l. c. jemand seines Vorteils wegen Sachen, von welchen er wissen muss, dass sie mittelst einer strafbaren Handlung erlangt sind, ankauft etc. Der Strafrichter bestraft ihn als Hehler; der Civilrichter hingegen könnte, wenn in diesem Falle nicht culpa lata dem dolus gleichzustellen wäre, demselben auf Grund des Art. 306 als redlichem Erwerber das Eigentum zusprechen.[3])

Daher macht sich ein Banquier der Unredlichkeit schuldig, welcher das Buch, welches die Verlustanzeigen enthält, nicht einsieht, ebenso, wenn er die amtlichen Bekanntmachungen über den Verlust von Gegenständen nicht einträgt.[4]) Auch wenn der Käufer begründeten Zweifel an dem Eigentum seines Gewährsmannes hegen musste z. B. beim Kauf eines an der Börse nicht gangbaren Papiers, eines Wertpapiers ohne Preislimito von unreifen Personen, von Aktien ohne Talons und Dividendenscheine, ist unredlicher Erwerb anzunehmen.[5])

Die bona fides nicht blos auf das Unbekanntsein des Erwerbshindernisses einzuschränken, entspricht auch dem natürlichen Bedürfnis. Es würde in diesem Falle eine ebenso schwere Schädigung des Kredites hervorgerufen werden als die Vorteile, welche die Anwendung des Art. 306 entgegen-

3) Entsch. des Reichsg. VI S. 18 und 87; Entsch. des Reichsoberhandelsg. III S. 381 ff., XIX S. 83; X S. 304; Urt. des L.-G. Frankfurt in der Zeitschr. für Handelsrecht XXXVIII S. 183.

4) Entsch. des Reichsg. VI S. 18.

5) Entsch. des Reichsg. VI S. 18 und 87; XXVIII S. 83; Entsch. des Reichsoberhandelsg. XIX S. 83; Urt. des L.-G. Mannheim in der Zeitschr. für Handelsrecht XXXV S. 265; Prot. S. 4615. — Vergl. Goldschmidt: Handelsrecht I S. 826. — Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 33. — Staub l. c. S. 709. — Puchelt l. c. S. 834. — Endemann l. c. S. 847. — Gareis und Fuchsberger l. c. S. 648.

gesetzten Falls bietet. Denn würde man den fahrlässigen Erwerber dem redlichen gleichachten, so würde wohl mancher die ganz gewöhnliche Vorsicht, die gewiss im Handelsverkehr verlangt werden muss, bei Seite schieben. Wohl mancher, der eine Ahnung von dem Bestehen des Erwerbshindernisses hat, würde trotzdem ohne weitere Nachforschung die Sache erwerben, da ihm ja Art. 306 genügenden Schutz böte. Die Nachteile, welche eine derartige Auslegung dem Eigentümer brächte, wären somit ungleich ungerechtfertigter und grösser als die Vorteile dieser Vergünstigung für den Verkehr; es würde hiedurch soweit kommen, dass jemand ohne Sicherheitsbestellung nicht mehr leicht etwas einem anderen anvertrauen würde.

Nach § 15, I, 7 A.L.R. gilt sogar der unvorsichtige Erwerber als unredlich; auch unterscheidet dasselbe dahin, ob der Zweifel über die Rechtmässigkeit des Besitzes vor oder nach Erwerb desselben entstanden ist. In letzterem Fall geht weder die Eigenschaft noch die Rechte des redlichen Besitzers verloren.[6])

Nur die bona fides des Erwerbers allein kann den Eigentumsmangel des Veräusserers ersetzen; liegt ein Irrtum über die Handlungsfähigkeit des Veräusserers oder anderer Art vor, so findet die Vergünstigung des Art. 306 darauf keine Anwendung.

Die Redlichkeit ist erforderlich bis nach erfolgter Übergabe; erhält der Erwerber nachträglich davon Kenntnis, dass er das Eigentum auf unredliche Weise erlangt habe, so ist dies irrelevant.[7])

In der Regel ist Veräusserung und Übergabe ein Akt,

6) Striethorsts Arch. B. 92 S. 12; Entsch. des Reichsoberhandelsg. III S. 381. — Makower: Kommentar S. 303 Note 40 a.

7) Entsch. des Reichsoberhandelsg. III S. 381; Urt. des O.-L.-G. Dresden in Wenglers Arch. S. 492.

welcher gleichzeitig erfolgt. Sind aber beide getrennt, so muss während der ganzen Zwischenzeit, bis die Übergabe vollendet ist, bona fides obwalten. [8])

Da die Übergabe der Traditionspapiere wie die der Güter selbst wirkt, ist anzunehmen, dass bona fides auch bei Übergabe des Papiers erforderlich ist; tritt hingegen nach derselben, jedoch vor Auslieferung des Gutes, mala fides ein, so schadet dieselbe nicht.

Ist die Veräusserung suspensiv bedingt, so ist Redlichkeit des Erwerbers, bis die Bedingung ausgefallen ist, erforderlich.

Im Falle einer Resolutivbedingung schadet nach Übergabe der Sache eintretende mala fides nicht, weil der Erwerber mit der Tradition Eigentümer wird.

Der gute Glaube hat sich auf den Punkt zu erstrecken, dass der Autor zur Zeit der Veräusserung Eigentümer sei. Weiss der Erwerber, dass ein Vormann desselben nicht Eigentümer war oder ist der Erwerber selbst in mala fide, wenn der Veräusserer die Sache gutgläubig erwarb, oder handelte der Veräusserer unredlich, der Erwerber hatte hingegen redlich erworben, so kommt Art. 306 trotzdem in Anwendung. [9])

Bei Veräusserung der Sache durch einen nicht zur Vertretung Befugten treten die Wirkungen des Art. 306 nicht ein; denn auf den Eigentümer hat die Handlung keinen Einfluss, weil keine Vertretungsvollmacht vorliegt, auf den Veräusserer deshalb nicht, weil derselbe sich als Vertreter des Eigentümers geriert, ohne die Befugnis hiezu zu haben; folglich ist das ganze Geschäft rechtlich wirkungslos. [10])

Beim Besitzerwerb durch Stellvertreter ist nötig einer-

8) Anschütz und Völderndorff l. c. III S. 157. — Gareis und Fuchsberger l. c. S. 648; Hauser l. c. XVI S. 291.

9) Bolze 11 Nr. 38. — Staub S. 709.

10) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 826. — Hauser l. c. XVI S. 286.

seits die Absicht des Vertreters, für den Prinzipal erwerben zu wollen, andererseits der Wille des Prinzipals, durch den Stellvertreter zu erwerben. Deshalb erfordert derselbe auch eine doppelte Redlichkeit, nämlich die des Prinzipals und vor allem des Stellvertreters. Wenn auch anzunehmen ist, dass die bona fides des Prinzipals deshalb selten in Betracht gezogen werden kann, weil er darüber keine Kenntnis hatte, auf welche Weise der Erwerb vor sich gegangen sei, so kann es doch immerhin vorkommen, dass entweder der Prinzipal das dem Erwerb entgegenstehende Hindernis genau kennt oder mindestens durch Nichtbeachtung der in ihm entstandenen Bedenken eine grobe Fahrlässigkeit begeht. Es liegt daher, wie Goldschmidt treffend sagt, zwar das praktische Gewicht auf der Redlichkeit des Vertreters[11]); mala fides des Prinzipals muss aber immerhin beachtet werden.

Erwirbt eine handlungsunfähige Person, z. B. ein Irrsinniger, so ist bona fides seitens des gesetzlichen Vertreters, in diesem Fall seitens des Kurators erforderlich; ausserdem muss jedoch, soferne dies in Anbetracht des geistigen Vermögens möglich, Redlichkeit des Vertretenen verlangt werden.

Führt der Konkursverwalter das Geschäft des Kridars weiter und erwirbt derselbe Gegenstände für die Konkursmasse, so ist seine bona fides erforderlich.

Veräussert der erste Erwerber die Sache vor Übergabe, also vor Eintritt der Wirkungen des Art. 306 an einen Dritten, so muss auch dieser in gutem Glauben sein. Denn vor Vollendung der Übergabe sind die Bedingungen des Art. 306 noch nicht erfüllt, daher auch seine Wirkungen noch nicht eingetreten. Da jedoch bis zum Abschluss des ganzen Aktes bona fides nötig ist, so muss auch der Dritte in diesem Sinne erwerben.

11) Zeitschr. f. Handelsrecht IX S. 41.

Stirbt der Erwerber vor Beendigung des Erwerbsaktes, so muss jedenfalls, um Art. 306 in Geltung zu bringen, von seiner Seite guter Glaube verlangt werden. Ebenso muss derselbe auch bei seinem oder seinen Erben vorliegen und zwar, bis der Eigentumserwerb nach Art. 306 vollendet ist. Bei einer hereditas jacens hingegen vertritt der Kurator die juristische Persönlichkeit des Erblassers; daher muss auch die bona fides desselben auf ihn übergehen, um den Erwerb rechtsgiltig vollenden zu können.[12])

Rechtsgiltiger Eigentumserwerb einer offenen Handelsgesellschaft wird schon durch die mala fides eines geschäftsführenden Gesellschafters ausgeschlossen. Dieselbe ist für sich ein spezielles Rechtssubjekt, verschieden von dem der einzelnen Gesellschafter; sie besitzt ihr selbstständiges Vermögen, welches eine von dem der Gesellschafter getrennte Vermögensmasse bildet und allein den Zweck hat, zum Nutzen der Gesellschaft zu dienen. Der Gläubiger des Gesellschafters kann eine der Gesellschaft gehörige Sache weder ganz noch teilweise für sich beanspruchen. Nach Art. 143 H.G.B. kann der Gesellschafter sogar nach Auflösung der Gesellschaft an einer bestimmten Sache ein bestimmtes Recht nicht geltend machen; er kann lediglich die Ausbezahlung seines Geschäftsanteiles in einer Geldsumme verlangen, auch wenn seine Einlage eine Sacheinlage war. Diese Rechtseinheit zeigt sich ferner so recht in Art. 111 H.G.B. und Art. 23 Preuss. Einf.-Ges., welche bestimmen, dass die Gesellschaft unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und vor Gericht verklagt werden kann, dass ferner Grundstücke, Gerechtigkeiten, dingliche Rechte und Hypothekenforderungen, welche zum Vermögen der Gesellschaft gehören, unter ihrem

12) Hauser l. c. XVI S. 293 ff.

Namen in das Hypothekenbuch eingetragen werden; die Einzelfirma hingegen kann unter ihrem Namen weder Eigentum noch andere dingliche Rechte erwerben.[13]) Wenn nun auch Art. 114 H.G.B. dadurch eine Ausnahme von diesem Prinzip zu machen scheint, dass er jeden zur Vertretung befugten Gesellschafter alle Arten von Geschäften und Rechtshandlungen im Namen der Gesellschaft vornehmen lässt, so erleidet dieselbe doch durch das den übrigen Gesellschaftern eingeräumte Widerspruchsrecht eine Einschränkung. Aus den Grundsätzen über die Vertretung lässt sich aber folgern, dass nur dann der Erwerb der Gesellschaft ein gutgläubiger sei, wenn kein Gesellschafter in mala fide ist; denn das Widerspruchsrecht ermöglicht die Auffassung einer beschränkten Gesammtgeschäftsführung. Rechtlich gilt auch die Handlung des einen Gesellschafters derart, wie wenn sämmtliche geschäftsführende Gesellschafter kontrahiert hätten. Erstrecken sich also die Folgen derselben auf alle Gesellschafter, so muss auch die Art und Weise der Handlung selbst alle Gesellschafter gleichmässig erfassen.[14])

Anders lagert sich das Verhältnis bei der stillen Gesellschaft und bei der Kommanditgesellschaft. Dass bei denselben die Komplementare für mala fides haften, erscheint ausser allem Zweifel; ist ja in ersterer der Komplementar der Prinzipal und kann sie ja selbst eine offene Handelsgesellschaft sein, während letztere der offenen Handelsgesellschaft konstruktiv nachgebildet ist. Aus Art. 160 und 253 H.G.B., wonach dem stillen Gesellschafter bezw. dem Kommanditisten nur ein ganz beschränkter Einblick in den Geschäftsbetrieb gestattet ist, ergiebt sich jedoch, dass ein grobes Verschulden von ihrer Seite schon deshalb einflusslos ist, da sie ja gar

13) Entsch. des Reichsoberhandelsg. III S. 409.
14) Entsch. des Reichsg. IX S. 143.

nicht in der Lage sind, irgend welche Nachforschungen über die Person des Veräusserers noch über die Qualifikation der zu erkaufenden Sache anzustellen; sie können ja nicht einmal widersprechen. Aus ihrer Nichtberechtigung aber, sich in den Geschäftsbetrieb einzumischen, lässt sich ferner folgern, dass auch, soferne sie in mala fide sind, dieselbe nichts schaden kann, ausser wenn ein Kommanditist als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter Handlungen rechtswirksam für die Gesellschaft vornehmen kann.

Weit schwieriger gestaltet sich die Sache bei der Aktiengesellschaft und den ähnlichen Gesellschaftsformen. Dass bei mala fides eines Vorstandsmitgliedes die Wirkungen unseres Artikels nicht eintreten können, dagegen kann kein Bedenken obwalten; ist derselbe ja in Allem Vertreter der juristischen Persönlichkeit. Für den Aufsichtsrat erscheint eine mala fides nur in beschränktem Masse ein erwerbshindernder Umstand. Die Mitglieder desselben dürfen gemäss Art. 225a H.G.B. keine Geschäfte der Gesellschaft führen; sie haben nur das Recht der Prüfung durch Einsicht in die Geschäftsbücher, in den Bestand der Gesellschaftskassa, der Effekten, Handelspapiere und Waaren. Wenn sie daher bei dieser ihrer Thätigkeit bemerken, dass ein erworbener, aber noch nicht gelieferter Gegenstand nicht Eigentum des Veräusserers sei, so dürfte diese mala fides schaden: in anderen Fällen kann aber dieselbe gar nicht in Betracht kommen, da sie ja als Mitglieder des Aufsichtsrates bei der Geschäftsführung gar nicht beteiligt und nachdem bei der Prüfung der Eigentumsübergang meistens schon vollzogen sein wird, mala fides superveniens non nocet. Was den einzelnen Aktionär betrifft, so kann derselbe kaum anders in Betracht kommen, als wenn er eine ihm nicht gehörige Sache der Aktiengesellschaft veräussert. In diesem Falle kommt der Aktionär nur als Veräusserer in Frage, Er-

werber ist die Aktiengesellschaft. Da nämlich Aktionär und Gesellschaft zwei selbstständige, von einander völlig getrennte Rechtssubjekte sind, da es ferner undurchführbar wäre, auch die bona fides des einzelnen Aktionärs zu berücksichtigen, da ferner aus der ganzen Rechtsstellung desselben hervorgeht, dass er nicht die mindesten Rechte in der Leitung des Geschäftsbetriebs besitzt, ausser wenn er Mitglied des Vorstands ist, so kann seine Redlichkeit in diesem Falle nicht gefordert werden. Anders verhält es sich, wenn die organisierte Gesammtheit der Aktionäre in der Generalversammlung auftritt. Hier ist den Aktionären ein leitender Einfluss eingeräumt und muss auch ihre bona fides in gewisser Beziehung berücksichtigt werden. Will z. B. eine Aktiengesellschaft eine Brauerei mit den nötigen Geräten erwerben, so ist es fraglich, ob ein Eigentumserwerb nach Art. 306 eintreten kann für den Fall, dass ein in der Generalversammlung zustimmender Aktionär weiss, dass ein Teil der Geräte nicht im Eigentum des Veräusserers ist. Belehrt der Aktionär über das Nichteigentum des Veräusserers die Generalversammlung, so wird eine Abstimmung nicht stattfinden können; die Sache wird vielmehr an den Aufsichtsrat zur erneuten Prüfung im Sinne des Art. 213 f H.G.B. zurückzuweisen sein. Wird aber trotzdem abgestimmt und die erforderliche Majorität stimmt dafür, so befindet sich die ganze Generalversammlung in mala fide und diese dürfte dem Eigentumserwerb schaden. Doch hat der Aktionär weder die Pflicht der Belehrung über den Eigentumsmangel des Veräusserers, noch wird der mala fides des einzelnen, wenn sich dieselbe nicht der gesammten Generalversammlung mitteilt, ein Gewicht beizulegen sein. Es wäre ja auch leicht möglich, dass ein Aktionär gar nicht in der Generalversammlung erscheint oder dass er nicht mit abstimmt, da er vom Nichteigentum des Veräusserers weiss.

Aber abgesehen davon kommt in der Generalversammlung nicht der einzelne Aktionär in Betracht, sondern die Gesammtheit derselben und gelten hier nicht die vorher erwähnten Regeln über die Kollektivvertretung, sondern die Generalversammlung muss als Einheit erscheinen, welche sich als die Majorität in der Beschlussfassung darstellt. Folglich kommt auf die mala fides des einzelnen zustimmenden Aktionärs nichts an, sondern das Gewicht liegt auf der mala fides der Majorität. Auch der mala fides der Revisoren kann inbezug auf den Eigentumserwerb der Aktiengesellschaft kein Einfluss beigemessen werden. Denn dieselben haben lediglich die Aufgabe, die Geschäftsführung des Vorstands und Aufsichtsrats zu prüfen, indem Vorgänge bei der Gründung und nach Umständen auch die Bilanz ihrer Kontrolle unterzogen werden; sie bilden lediglich ein Kontrollorgan, dessen Aufstellung zwar im Gesetz vorgesehen, aber nicht unbedingt nötig ist; ihre Prüfung erstreckt sich vorzüglich darauf, dass Vorstand und Aufsichtsrat richtig handeln und besteht in einer Wahrung der Interessen gegenüber Vorstand und Aufsichtsrat.

Bei Erwerb von Sachgesammtheiten ist inbezug auf jeden einzelnen Bestandteil bona fides erforderlich. Fehlt dieselbe jedoch bei einer Sache, so geht trotzdem das Eigentum an den übrigen unter den Voraussetzungen des Art. 306 über. Dies erklärt sich aus der Auffassung, dass der Erwerb der einzelnen, zur universitas rerum gehörigen Gegenstände von einander unabhängig angesehen werden muss und rechtfertigt sich somit unser Schluss, da die Gegenstände durch ihre äussere Gleichheit nur unter einen gemeinsamen Namen zusammengefasst werden. Wenn nun jedoch der Erwerber alle Gegenstände irrtümlich mala fide erwirbt, während mehrere wirklich im Eigentum des Veräusserers standen, so ergreift der Eigentumserwerb nur die letzterwähnten Sachen. Über-

haupt muss sich die bona fides speziell auf das betreffende Objekt erstrecken. Kauft z. B. jemand eine Heerde von zehn Tieren, wovon er fünf dem Veräusserer nicht gehörige bona fide, die anderen fünf, welche demselben gehören, mala fide erwirbt, so schadet dieser Irrtum nichts, da ihm in ersterem Fall Art. 306, soferne seine weiteren Voraussetzungen vorliegen, seinen Schutz gewährt.

Die mala fides zu beweisen, obliegt dem Kläger. Stellt nämlich der Eigentümer die Eigentumsklage an, so regelt sich das, was er zur Begründung derselben anzuführen hat, nach Landesrecht. Hiegegen erwidert ihm der Beklagte, dass er die Sache von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erworben habe und bringt hiefür sein Beweisanerbieten vor. Sache des Klägers ist es sodann, mala fides des Erwerbers nachzuweisen, ebenso obliegt es demselben entweder in der Klage oder Replik vorzubringen, dass ihm die Gegenstände durch Diebstahl oder Verlust abhanden gekommen. Erfolgt der Eigentumserwerb unter einer Suspensivbedingung, so muss er den Nichteintritt derselben nachweisen. Jedenfalls ist es Sache des Vindikanten die den Erwerb hindernden Umstände vorzubringen[15]).

Für die Frage, welches Rechtsverhältnis sich durch Veräusserung bezw. Verpfändung beweglicher Sachen konstituierte und für die vom redlichen Erwerber bezw. Pfandnehmer der Eigentumsklage entgegengesetzten Einreden kommt das Recht des Ortes zur Anwendung, wo die Veräusserung bezw. Verpfändung vor sich ging[16]).

IV.

Art. 306 verfolgt nicht den Zweck, die Vindikation für den Bereich des Handelsgesetzbuches aus der Welt zu schaffen;

15) Anschütz u. Völderndorff l. c. III S. 159. — Staub l. c. S. 712. — Hiegegen Hauser l. c. XVI S. 296.

16) Entsch. des Reichsg. XXVIII S. 109 ff.

es liegt vielmehr in seinem Willen, einen Kreis von Fällen herauszuschälen, deren Vorkommen im Handelsverkehr besonders wichtig und häufig erscheint und für dieselben ein, wenn auch nur geringes Schutzrecht zu Gunsten des gutgläubigen und titulierten Erwerbers festzusetzen. Doch will er günstigeren Landesrechten, wie Art. 308 H. G. B. beifügt, nicht derogieren, vielmehr verhält er sich wie ein Spezialrecht zum bürgerlichen Recht, das in diesem Falle prinzipale Geltung hat.

Die im Handelsgesetzbuch aufgestellte Theorie des Erwerbs und der Verfolgung des Eigentums für seinen Bereich ist jedoch nicht in allen ihren Punkten neu und eigentümlich. Der darauf gestellte Antrag, alle Gegenstände, deren Erwerb durch ein Handelsgeschäft erfolgt sei, nach den nämlichen Intentionen zu behandeln, wurde abgelehnt[1]). Auch Abs. 1 des Art. 306 wäre nicht zu Stande gekommen, wenn nicht die entscheidende Stimme des Präsidenten den Ausschlag gegeben hätte. Danach wird der Erwerber Eigentümer ungeachtet des Nichteigentums des Veräusserers; jedes frühere Eigentum erlischt. Der Schutz erfordert jedoch zwei Voraussetzungen, nämlich die bona fides des Erwerbers und Veräusserung und Uebergabe von einem Kaufmann in dessen Handelsbetriebe. Treffen diese beiden Umstände zu, so erlangt der Erwerber Eigentum, nicht nur publicianischen Besitz[2]). Die Wirkungen des Art. 306 treffen jedoch nur den dritten Besitzer, nicht denjenigen, welcher eine Sache bona fide vom Eigentümer gekauft hat, wenn weder Zahlung noch Kreditierung des Kaufpreises erfolgt ist. Ausserdem erwirbt derselbe auch nicht gutgläubig, da sein Nichtwissen und sein Irrtum darüber, dass hiedurch kein Eigentum übergeht, nicht entschuldigt. Ausser-

1) Prot. S. 4610, 4611 und 4614.

2) Entsch. des Reichsg. IV S. 149.

dem kommen die Vorteile des Art. 306 nicht dem Besitzer zu Gute, bei welchem seine Voraussetzungen nicht zutreffen.

Das Handelsgesetzbuch bestimmt auch nicht, ob der Aufwand, welchen der Erwerber zur Erlangung der Sache oder während der Zeit seines Besitzes auf dieselbe machte, demselben zu vergüten sei.

Was jedoch vom Eigentum gilt, muss sich auch auf jede Eigentumsbeschränkung beziehen. Daher sagt der zweite Teil des Abs. 1, dass jedes früher begründete Pfandrecht oder sonstige dingliche Recht erlösche, soferne es dem Erwerber unbekannt war. Dieser letztere Zusatz schliesst jedoch den Nichterwerb durch culpa lata nicht aus. Es muss sich also in diesem Falle die Redlichkeit des Erwerbers darauf erstrecken, dass er nicht nur glaubt, von dem Eigentümer zu kaufen, sondern auch dass die Sache, welche er erwirbt, von dinglichen Belastungen frei sei. Ist das Letztere nicht der Fall, so erwirbt er kein freies Eigentum.

Eine Folge der Erlöschung des Rechtes ist es, dass es auch für den Fall der Weiterveräusserung der Sache durch den Erwerber nicht mehr realisierbar ist. Eine Ausnahme hievon wird in den Art. 697, 727 und 753, welche die Nichtgeltendmachung des Pfandrechtes nur zu Gunsten des redlichen Erwerbers beschränken, gemacht.

Das Prinzip des Art. 306 erleidet jedoch bei Veräusserung von Seeschiffen und Schiffsanteilen eine Einschränkung, indem nach Art. 758 H. G. B. ausnahmsweise eine Verfolgbarkeit des Pfandrechts gegen dritte Besitzer vorgesehen ist und zwar inbezug auf das gesetzliche Pfandrecht der Schiffsgläubiger am Schiff und dessen Zubehör, soferne ihnen das Schiff nicht schon durch Verbodmung verpfändet ist. Hiebei geht das

Handelsgesetzbuch[3]) von der Auffassung aus, dass das Pfandrecht an einem Schiffe, wenn sich dasselbe auch im Eigentum einer grösseren Anzahl von Mitrhedern befindet, sich stets auf das Schiff im Ganzen beziehe und dass eine Teilung nach Parten etc. ausgeschlossen sei. Wird jedoch ein Schiff im Innland im Wege der Zwangsvollstreckung verkauft oder seitens des Schiffers im Falle der zwingenden Notwendigkeit auf Grund seiner gesetzlichen Befugnisse, so erlöschen die Pfandrechte am Schiffe ohne Rücksicht auf den redlichen Erwerb[4]).

Die Grundsätze des Art. 306 beziehen sich auf alle Arten der Pfandrechte, auf vertragsmässige und gesetzliche[5]); sogar das Pfändungspfandrecht geht unter, wenn der Schuldner als Kaufmann die in seinem Gewahrsam belassenen, gepfändeten Gegenstände weiter veräussert, welche ein Dritter bona fide erwirbt.

Auch, wenn über die Sache ein dinglicher Arrest verhängt ist, hören die Wirkungen desselben auf. Durch die Vollziehung des Arrestes wird nach § 810 R. C. P. O. ein bedingtes Pfandrecht begründet; was daher vom unbedingten Pfandrecht gilt, muss auch vom bedingten gelten. Bleiben daher arrestierte bewegliche Sachen im Gewahrsam des Schuldners, so hören die Wirkungen des Arrestes auf, soferne sie dieser an einen gutgläubigen Erwerber veräussert und tradiert.

Ebenso erlöschen auch sonstige gesetzliche dingliche Rechte. Hat z. B. die Ehefrau Gegenstände, an welchen dem Ehegatten das ehemännische Niessbrauchrecht zusteht, einem anderen veräussert und übergeben und zwar unter den Voraussetzungen der Art. 306, so erlischt das Recht des Ehemannes.

---

3) Prot. S. 2867. — Vergl. Art. 471, 472, 766, 769 u. 780 Abs. 1 H. G. B.

4) Art. 767 und 780 H. G. B.

5) Hiegegen Hauser l. c. XVI S. 300.

Auch § 36 K. O. wird durch Art. 306 Abs. 1 berührt. Wenn also der Käufer die Ware, solange sie sich noch auf dem Transport befindet, durch Begebung und Girierung eines Traditionspapiers weiter veräussert und nachher seitens desselben Zahlungsunfähigkeit eintritt, so steht dem Verkäufer ein Verfolgungsrecht nicht mehr zur Seite[6]).

Eine weitere Folge ist das Erlöschen des Retentionsrechtes, soferne dasselbe vermittelst der Traditionspapiere oder sonstwie über die Dauer des Gewahrsams hinaus ausgeübt werden kann[7]).

Ebenso gehen auch die zur Zeit der Veräusserung nur bedingt eingeräumten dinglichen Rechte unter, da das, was für den Hauptfall gilt, sich auch auf die Nebenfälle erstrecken muss.

Auch wenn eine Sache Gegenstand eines Rechtsstreites und dieselbe von jemand gutgläubig erworben ist, haben die Grundsätze des Art. 306 Geltung.

Hingegen ist die Frage, ob die Folgen unseres Artikels eintreten, wenn ein gesetzliches oder richterliches Veräusserungsverbot vorliegt, zu verneinen. Derartige Eigentumsbeschränkungen sind so zwingender Natur, dass, wenn diese Folgen eintreten würden, das öffentliche Interesse verletzt wäre[8]). Gesetzliche und richterliche Veräusserungsverbote sind ja zu dem Zweck geschaffen, um Personen, von welchen Gefahr besteht, dass sie ihrer Habe verlustig gehen könnten, ihr Vermögen zu erhalten. Sie machen Zuwiderhandlungen nichtig. Wird also eine mit einem Veräusserungsverbot belastete Sache

6) Entsch. des Reichsg. III S. 85. — Juristische Monatsschr. v. Becher: Jahrgang 1891 Nr. 3.

7) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 829. — Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 49. — Staub l. c. S. 710. — Puchelt l. c. S. 835.

8) Goldschmidt: Handelsrecht I S. 828 Note 25. — Arndts: Pand. § 132. — v. Vangerow: Pand. I. § 299. — Dernburg: Pand. I § 217 Note 7. — Windscheid: Pand. I § 17 2 a Anm. 2.

trotzdem und zwar vom Nichteigentümer unter den Voraussetzungen des Art. 306 veräussert und tradiert, so stehen allerdings zwei Schutzrechte, das eine zu Gunsten des Eigentümers, das andere zu Gunsten des gutgläubigen Erwerbers, sich gegenüber. Der Schaden, den jedoch der Eigentümer erleidet, ist ungleich grösser als der Vorteil, welchen der redliche Erwerber geniest. Ist ferner eine Sache mit einem gesetzlichen oder richterlichen Veräusserungsverbot belegt, so dürfte das Erwerbshindernis so bekannt sein, dass dadurch die bona fides ausgeschlossen würde. Der Käufer dürfte sich in den meisten Fällen mindestens einer groben Fahrlässigkeit schuldig machen und somit die Anwendung unseres Artikels ohnehin ausgeschlossen sein. Es dürfte daher Gründen der Zweckmässigkeit entsprechen, Art. 306 Abs. 1 auf diesen Fall der dinglichen Belastungen nicht auszudehnen. Ausserdem steht nach gemeinem Recht, wie von einer Anzahl von Schriftstellern[9]) angenommen wird, ein Veräusserungsverbot auch der Ersitzung hindernd entgegen. Nun beruht zwar Art. 306 auf rein deutschrechtlichen Prinzipien; ein Eigentumserwerb unter seinen Voraussetzungen ähnelt jedoch der Ersitzung in vielem und dürfte dieser Grundsatz bei der Ersitzung auch hierauf auszudehnen sein.

Den gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverboten sind diejenigen gleichzustellen, welche von gewissen Verwaltungsbehörden ausgehen und wodurch die Verbreitung gewisser Sachen gehindert werden soll. Dass an derartigen Sachen, wie z. B. an verbotenen Büchern, ein Eigentum möglich ist, erscheint zweifellos[10]); denn das Eigentum geht im Falle

9) Windscheid: Pand. I § 182 Anm. 14. — v. Vangerow: Pand. I § 317 S. 591.

10) Dernburg: Pand. I § 69 Anm. 5. — Hiegegen Windscheid: Pand. I § 147 Anm. 6.

der Beerbung unverkennbar auf den Universalsuccessen über und derjenige, welcher die Sache stiehlt, ist eben ein Dieb. Es sind zwar die Gründe, die Veräusserung auszuschliessen, wesentlich anderer Natur als in den gewöhnlichen gesetzlichen Fällen; doch mögen sie auf der Sittlichkeit oder anderen Umständen beruhen, so sind sie doch so schwerwiegend, dass sie eine derartige Beschränkung der Befugnisse des Eigentümers nötig erscheinen lassen. Wenn man nun auch entgegnen kann, dass es gleichgiltig sei, in wessen Eigentum das verbotene Buch sei, so wäre dennoch der Gedanke der Verordnung im Falle der Gestattung der Veräusserung gegenstandslos.

Daher kann in allen diesen Fällen selbst der Veräusserer das Veräusserte vindizieren; eine ihm entgegengesetzte exceptio rei venditae et traditae ist wirkungslos und dem Erwerber steht höchstens der Anspruch auf Schadensersatz zu.

Dagegen erlöschen vertragsmässige Veräusserungsverbote. Dieselben sind nicht aus Gründen dringender Notwendigkeit geschaffen, sondern verdanken ihre Entstehung rein dem Willen und Interesse der berechtigten Person und entbehren der dinglichen Wirksamkeit.

Wird eine Sache, die unter einer Bedingung, z. B. einem Eigentumsvorbehalt, verkauft und in den Gewahrsam des Erwerbers übergegangen ist, veräussert, so fällt die bestehende Bedingung, soferne Art. 306 in Frage kömmt, weg.

Für den Fall, dass vom Richter über eine Sache eine einstweilige Verfügung getroffen ist, hat Art. 306 nur beschränkte Geltung. § 810 R.C.P.O. ist auf die einstweilige Verfügung nicht anwendbar; dieselbe wird weder nach Massgabe der Vorschriften über die Pfändung vollzogen noch begründet sie ein Pfand- oder Vorzugsrecht. Die zu ihrer Verwirklichung anwendbaren Mittel richten sich nach Art und Grösse der Gefahr. Bestehen nun dieselben in einem richter-

lichen Veräusserungsverbot, so kann der Erwerber nach den oben erwähnten Prinzipien keinen Schutz geniessen. Beruht hingegen die einstweilige Verfügung in einer Zwangsverwaltung und der Sequester veräussert die Sache, so steht wohl der Anwendung des Art. 306 nichts im Wege.

Die Bestimmungen des Art. 306 finden keinen Bezug auf die klage- oder einwendeweise vorgebrachten Thatsachen, welche ihren Grund in vertragsmässigen Verbindlichkeiten haben, sowie auf das Anfechtungsrecht.[11]) Nach demselben sind anfechtbar in und ausserhalb des Konkurses Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teil bekannten Absicht der Benachteiligung seiner Gläubiger vorgenommen hat; gleichgiltig ist, ob eine fraudulose Handlung oder Unterlassung vorliegt; sogar Zurückweisung des Erwerbs genügt. Hiebei zeigt sich eine weitgreifende praesumptio doli, insbesondere gegenüber nahen Verwandten. Das Anfechtungsrecht des § 24 K.O., sowie des Gesetzes vom 21. Juli 1879, welches die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens betrifft, ist ein rein persönliches Recht gleich der römischen actio Pauliana und den jüngeren fraudatorischen Klagen; daher trifft auch hier Art. 306 nicht zu.

Ebenso verhält es sich betreffs des Anfechtungsrechts wegen Verletzung des Pflichtteils.[12]) Dasselbe ist im dringenden Interesse der Familie des Erblassers geschaffen und würde, wenn eine derartige Umgehung möglich wäre, illusorisch werden.

Den gleichen Schutz erwirbt ferner nach Art. 306 Abs. 2

---

11) § 6 u. 22 K. O. — Anfechtungsgesetz v. 21. Juli 1879. — Hauser l. c. XVI S. 303. — Staub l. c. S. 710.

12) Vergl. Windscheid: Pand. III § 586. — Hiegegen Dernburg Pand. III § 156 Anm. 10.

der redliche Pfandnehmer. Die wesentlich andere Fassung desselben im Verhältnis zu Abs. 1 bedarf einer hinreichenden Erklärung. Wenn derselbe sagt, dass ein früher begründetes Eigentum, Pfandrecht oder sonstiges dingliches Recht an den Gegenständen des redlichen Pfandnehmers oder dessen Rechtsnachfolgers nicht geltend gemacht werden könne, so ist damit allerdings nicht ausgesprochen, dass derselbe ein Pfandrecht erwerben müsse. Doch ist das zweifellos anzunehmen. Zwar wurde der Antrag, diese Folge auszusprechen, in den Beratungen abgelehnt, ebenso die Abänderung in: „Ein früher begründetes Eigentum kann zum Nachteil des Pfandrechts nicht geltend gemacht werden"; doch ergiebt sich daraus, wie dieselbe begründet wurde, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, dem redlichen Pfandnehmer ein dem vom Eigentümer selbst erworbenen Pfandrecht gleiches zu schaffen.[13])

Eine Ungleichheit besteht ferner darin, dass nach Abs. 1 das Eigentum etc. erlischt, während nach Abs. 2 dasselbe oder ein anderes dingliches Recht zum Nachteil des redlichen Pfandnehmers nicht geltend gemacht werden kann. Dies liegt jedoch in der Natur der Sache. Denn es können ja an einer Sache mehrere dingliche Rechte bestehen, ohne zu kollidieren. Daher muss es auch nicht eine notwendige Folge der Voraussetzungen des Art. 306 Abs. 2 sein, dass die früheren dinglichen Rechte aufgehoben werden, ausser wenn sie mit dem Recht des Pfandnehmers selbst in Widerspruch stehen.

Dieser Schutz entbindet denselben nicht davon, gegen Bezahlung seiner Forderung oder Stellung eines anderen genügenden Pfandes den Pfandgegenstand an den wirklichen Eigentümer oder den früheren Pfandgläubiger herauszugeben.[14])

13) Prot. S. 5089, 5090. — Vergl. Zeitschr. für Handelsrecht IX. — S. 49 ff. — Thöl: Handelsrecht § 56 b.

14) Vergl. Zeitschr. für Handelsrecht IX S. 50. — Goldschmidt:

Ausserdem wird nach Abs. 2 nur der Pfandnehmer in bona fide oder dessen Rechtsnachfolger geschützt; liegt keine Rechtsnachfolge vor, so treten die Folgen des Art. 306 nicht ein. Dieser Unterschied hat seine Begründung darin, dass im Falle des redlichen Eigentumserwerbs jedes früher begründete Eigentum erlischt; es ist also an und für sich jede Eigentumsklage ausgeschlossen und zwar auch gegen Dritte, während die wesentlich anderen Folgen der redlichen Pfandnahme eine nur zu Gunsten des Pfandnehmers und seiner Rechtsnachfolger gemachte Ausnahme rechtfertigen. Es ist somit diese dritte Verschiedenheit nichts als die rechtliche Folge der vorhin erwähnten zweiten.

Die Erfordernisse der Verpfändung sind die nämlichen wie die der Veräusserung. Sie muss von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb erfolgt sein; ausserdem muss Redlichkeit des Pfandnehmers vorliegen.[15]) Die Redlichkeit muss sich jedoch nur auf das Pfandrecht beziehen und nur darauf erstrecken, dass die Sache frei von dinglichen Belastungen sei; weiss hingegen der Pfandnehmer nur, dass der Verpfänder nicht Eigentümer war, so ist dies irrelevant.

Wenn nun Abs. 2 des Art. 306 seinen Schutz in dem Falle zusagt, in welchem Waaren oder andere bewegliche Sachen von einem Kaufmann in dessen Handelsbetrieb verpfändet und übergeben werden, so gilt diese Bestimmung nur für das Faustpfand und zwar für das gesetzliche und vertragsmässige. Die gesetzlichen Pfandrechte sind in Abs. 3 erschöpfend benannt und den vertragsmässigen gleichgestellt. Für die vertragsmässigen Pfandrechte hat das Reichsober-

---

Handelsrecht I S. 902. — Puchelt l. c. S. 835. — Staub l. c. S. 711. — Gad. S. 151. — Entsch. des Reichsg. XVII S. 157.

15) Entsch. des Reichsoberhandelsg. XIX S. 83. — Entsch. des Reichsg. XXIX S. 47.

handelsgericht[16]) die Giltigkeit eines Pfandrechts, bestellt einem Kaufmann von einem andern an den Inhaberpapieren, welche der eine für Rechnung bezw. im Auftrage des andern in Händen hat oder noch in seine Hände bekommen wird, ausdrücklich anerkannt.

Auch für die Kautionen des heutigen Rechts muss die Bestimmung des Abs. 2 des Art. 306 gelten, wenigstens soweit sie in der Bestellung eines Faustpfandes an beweglichen Sachen bestehen, was ja heutzutage in den meisten Fällen vorliegt. Nach gemeinem Recht, nach preuss. A.L.R. I, 20 § 90, nach bayr. Landrecht[17]), sowie nach § 466 des sächs. B.G.B. erwirbt derjenige, zu dessen Gunsten das Objekt der Kaution hinterlegt ist, an demselben ein Faustpfandrecht, ebenso nach Art. 2074 des code civil, soferne der Pfandgegenstand oder die versicherte Forderung einen höheren Wert als 150 fr. repräsentiert und nach Art 246 des württemberg. Pfandgesetzes, in den beiden letzten Fällen jedoch nur dann, wenn darüber eine öffentliche oder registrierte bezw. eine schriftliche Urkunde errichtet ist.

Ebenso gehören hieher die Fälle rechtmässiger Privatpfändung des deutschen Rechts, da auch hiebei der Pfändende ein Faustpfandrecht erwirbt.

Anders als das Faustpfand sind zu behandeln das Pfändungspfandrecht, sowie pfandähnliche Rechte wie z. B. das Retentionsrecht. Was ersteres betrifft[18]), so findet dies seinen Grund darin, dass, wenn in einem kaufmännischen Geschäft Waaren gepfändet werden, welche dem Schuldner nicht eigentümlich gehören, dieses Pfändungspfandrecht niemals dem

16) Entsch. des Reichsoberhandelsg. XV S. 421 und XIX S. 83.

17) Roth II, 490.

18) Entsch. des Reichsg. XXVI S. 101. — Staub in der jurist. Wochenschr., Jahrg. 1888, S. 201 ff. — Hahn, Arch. für zivil. Praxis B. 70 S. 422.

wirklichen Eigentümer gegenüber Geltung haben kann. Dasselbe ist kein vertragsmässiges, ebensowenig ein gesetzliches Pfandrecht; daher kann Art. 306 Abs. 2, welcher diese beiden Fälle allein unter seinen Bereich zieht, nicht auf dasselbe Anwendung finden. Zwar bestimmt Abs. 1 und 2 des § 709 R.C.P.O., dass durch die Pfändung der Gläubiger ein Pfandrecht an dem gepfändeten Gegenstand erwerbe, welches ihm im Verhältnis zu anderen Gläubigern dieselben Rechte wie ein durch Vertrag erworbenes Faustpfandrecht gewähre. Allein dies derogiert in dieser Hinsicht nicht dem bürgerlichen Recht. Denn diese Bestimmung stellt das Pfändungspfandrecht mit dem Faustpfandrecht nur im Verhältnis zu andern Gläubigern gleich und überlässt die Entscheidung des Umfangs der Wirksamkeit Dritten gegenüber dem bürgerlichen Recht.

Auch das Retentionsrecht kann, obwohl es in manchen Beziehungen dem Pfandrecht sehr ähnelt, nicht unter den Gesichtspunkt des Art. 306 Abs. 2 gebracht werden[19]); dasselbe ist ja weder ein dingliches Recht, noch kann es an Sachen ausgeübt werden, welche nicht im Eigentum des Schuldners stehen, sondern einem Dritten gehören.

Auch das preussische Ausführungsgesetz zur Konkursordnung kann, wie vielfach behauptet, zu dieser Annahme keinen Anlass geben; denn dasselbe bezeichnet an keiner Stelle das kaufmännische Retentionsrecht als Pfandrecht, sondern scheidet beide sogar in Art. 25, 28—30 und 46 auseinander.

V.

Die Ausnahme, welche das Handelsgesetzbuch in Abs. 4 des Art. 306 macht, gilt zu Gunsten gestohlener und ver-

19) Entsch. des Reichsoberhandelsg. X S. 80; XV S. 157; Entsch. des Reichsg. VIII S. 80; XIII S. 129. — Vgl. Laband in der Zeitschr.

lorener Sachen[1]); für dieselben ist das bürgerliche Recht entscheidend. Der Hamburgische Antrag, Art. 306 auch auf diese auszudehnen, der den Bestimmungen des österreichischen Gesetzbuchs entsprechende österreichische und der dem Art. 2280 des code civil entlehnte Antrag, der in diesem Fall dem Eigentümer ein Lösungsrecht gewährt, wurde verworfen; vielmehr findet in diesem Fall der Grundsatz der unbeschränkten Vindikationsbefugnis, soweit nicht Landesgesetze anders bestimmen, Anwendung, welcher nicht sowohl den Prinzipien des römischen als auch des germanischen Rechts entspricht.[2])

Gestohlene und verlorene Sachen unter die Gesichtspunkte des Art. 306 zu bringen, wäre denn auch eine zu weite Konsequenz, welche aus dem Prinzip des Schutzes des gutgläubigen Erwerbs bei Mobilien gezogen würde.

Vergleichen wir in dieser Beziehung das Wesen des Immobiliarverkehrs mit dem des Mobiliarverkekrs, so finden wir, dass in ersterem überhaupt eine weit grössere Sicherheit des Eigentümers besteht. Das Grundbuch hat öffentlichen Glauben; daher bedarf es nur der Einsicht und Prüfung des Erwerbers, um demselben über die Eigentumsverhältnisse Sicherheit zu geben. Fehler in der Führung des Grundbuches dürften wohl nur selten vorkommen und dürfte somit dem Nichteigentümer nur selten eine Verfügungsmöglichkeit zustehen. Liegt aber

— — —

für Handelsrecht IX S. 484. — Goldschmidt: Handelsrecht I S. 1034. — Anschütz und Völderndorff l. c. III S. 196. — Gareis und Fuchsberger l. c. S. 649. — Puchelt l. c. S. 836. — Staub l. c. S. 711.

1) Vgl. Staub l. c. S. 711. — Gareis und Fuchsberger l. c. S. 650. Endemann: Handbuch II S. 61—63, Handelsrecht S. 347. — Goldschmidt: Handelsrecht I S. 821; Zeitschrift für Handelsrecht IX S. 11. — Makower l. c. S. 304. — Hauser l. c. XVI S. 263; Jurist. Monatschr. v. Becher, Jahrgang 1892 Nr. 3.

2) Prot. S. 4610, 4611, 4615.

ein solcher Fall vor, so vollzieht sich derselbe stets ohne den Willen des Eigentümers.

Der Eigentümer einer unbeweglichen Sache hat ferner nicht so leicht die Möglichkeit, derselben verlustig zu gehen. Anders steht es mit dem Mobiliarverkehr. Ein Institut wie das Grundbuch ist für denselben nicht geschaffen und dürfte auch, so begehrenswert es in gewisser Beziehung wäre, kaum möglich sein.

Die Sicherheit, welche das Grundbuch bietet, ist bedeutend grösser als das Vertrauen auf den Besitzstand. Hier wird es nicht zu den Seltenheiten gehören, dass der Nichteigentümer veräussern kann. Beruht nun die Überlassung des Besitzes auf einem Akt des Vertrauens, so ist gewiss die Anwendung des Satzes: „Hand muss Hand wahren" gerechtfertigt. Dagegen läuft der Besitzer einer beweglichen Sache sehr leicht Gefahr, derselben auch ohne seinen Willen verlustig zu gehen und in diesem Falle geht der Zug der neueren Rechtsbildung dahin, dass bei diesen Arten des Besitzesverlustes dem Eigentümer die Vindikation nicht genommen werde.

Die in Abs. 4 ausgenommenen gestohlenen und verlorenen Sachen sind jedoch unter einander sehr verschieden; erstere setzen ein Delikt voraus; letztere finden ihren Grund in der Unachtsamkeit des Eigentümers. Was unter diese Begriffe zu bringen sei, ist demnach zu erörtern.

Ist der Ausdruck: „gestohlen" im Sinne des römischen furtum zu nehmen? Dasselbe schliesst vor allem nicht allein den Sach-, sondern auch den Gebrauchs- und Besitzdiebstahl in sich.[3]) Das Erfordernis, welches das Strafgesetzbuch in § 242 aufstellt, dass die Sache aus fremdem Gewahrsam weggenommen sein müsse, ist dem römischen Recht fremd. Unter seinen Begriff fällt ausser dem Diebstahl auch die Unter-

3) Windscheid: Pand. II § 452. — Dernburg: Pand. II § 130.

schlagung, die eigenmächtige Ansichnahme gefundener Gegenstände; sogar die Annahme der Zahlung einer Nichtschuld, von welcher der im Irrtum befangene Zahler glaubt, dass sie noch nicht getilgt sei, sowie betrügerische Manipulationen mit einer Schuldurkunde in einer den Gläubiger benachteiligenden Weise, werden hiezu gerechnet, ausserdem gehören hieher, wie schon oben erwähnt, die Fälle des furtum usus und possessionis.

Allein diese übermässig grosse Ausdehnung ist den Bestimmungen des Handelsgesetzbuches fremd.

Das Prinzip des Art. 306 und die darin enthaltene Ausschliessung der gestohlenen und verlorenen Sachen beruht auf rein germanischen Rechtsideen, welche in Analogie mit dem diese Prinzipien bewahrenden französischen Recht den Unterschied zwischen freiwilligem und unfreiwilligem Besitzesverlust aufstellten, wobei sie in ersterem Fall die Vindikation ausschlossen, im zweiten aber gestatteten.

Dieser Unterschied giebt uns auch eine Erklärung für die Bedeutung der Worte: „Gestohlen und Verloren".

Hienach sind Diebstahl und Verlust nur als die wichtigsten Beispiele der unfreiwilligen Besitzesaufgabe aufgestellt, ohne die übrigen Fälle derselben von der unbeschränkten Vindikation hiedurch auszuschliessen.

Hiefür spricht auch vor allem die Begründung, welche das Mitglied der Nürnberger Kommission, welches den Vorschlag, gestohlene und verlorene Sachen von den Bestimmungen des Art. 306 auszunehmen, machte, seinem Antrag beifügte: „Durch dieses Amendement wird der Grundsatz zur Anwendung gebracht, dass bei einem Missbrauch des Vertrauens derjenige, welcher sein bewegliches Gut einem andern anvertraut hat, dem redlichen Erwerber nachsteht. In dieser Beschränkung genügt der Satz dem wirklichen Bedürfnis des rechtlichen Verkehrs; er greift dann möglichst wenig in die Landesrechte

ein.“ Da nun dieser Aeusserung keine Opposition entgegengesetzt wurde und sich somit, wenn auch nicht untrüglich, hierin der Wille des Gesetzgebers erblicken lassen kann, Abs. 4 nicht wortgetreu zu interpretieren, so ist daraus zu schliessen, Abs. 4 unseres Artikels sei auf alle Fälle des unfreiwilligen Besitzesverlustes auszudehnen, nicht allein auf die zwei speziell bezeichneten. Auch ist aber nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber durch Aufstellung zweier im Grund ganz verschiedener Ausnahmen diese beiden Fälle allein herausgreifen wollte, ohne die grosse Anzahl der dazwischen liegenden zu berücksichtigen.

Vielmehr muss man zu der Auffassung gelangen, dass unter Abs. 4 alle diejenigen Fälle zu bringen sind, in welchen jemand wider seinen Willen und ohne sein Zuthun den Gewahrsam einer Sache verloren hat.[4]) Daher gehören hiezu auch geraubte Sachen, ferner solche, welche dem Eigentümer durch Naturereignisse und Unachtsamkeit, einen wesentlichen Irrtum[5]) oder durch Verwechslung, ferner durch Erpressung, Betrug oder Drohung[6]) aus seinem Gewahrsam entzogen oder welche aus demselben weggeschwemmt, weggeflogen oder entlaufen sind. Ebenso sind hieher diejenigen Fälle zu zählen, in denen der Eigentümer dem Gewahrsam des Faustpfandgläubigers ohne dessen Wissen und Willen die Sache entzieht[7]), sodann auch immer, wo jemand aus Selbsthilfe ohne Zueignungsabsicht einem andern eine Sache weggenommen hat. Nicht darf jedoch hierunter der Verlust durch Unterschlagung und Veruntreuung gerechnet werden, sowie der Fall, in dem jemand einem andern eine Sache unter einer Suspensivbe-

4) Entsch. des Reichsg. I S. 418 u. 255.
5) Entsch. des Reichsg. I S. 418.
6) Hiegegen Puchelt l. c. S. 836.
7) Entsch. des Reichsg. I S. 255.

dingung verkauft und übergiebt, wenn sie dieser veräussert.

Irrelevent ist es, ob die Handlung, wodurch die Sache aus dem Gewahrsam des Eigentümers gebracht worden, strafbar ist oder nicht. Daher treten auch die Folgen des Abs. 4 ein, wenn ein Unzurechnungsfähiger die Handlung vorgenommen oder ein Ehegatte sie gegen den andern vollführt hat.

Ferner ist nicht darauf zu achten, ob der Gegenstand dem Eigentümer selbst oder einem Stellvertreter desselben im Besitze abhanden kam.

Zum Schlusse sei noch erwähnt, welche Prinzipien das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, wenigstens soweit der in zweiter Lesung fertig gestellte Entwurf schliessen lässt, voraussichtlich verfolgen wird.

Der Erwerb des Eigentums vom Nichteigentümer ist in § 846 ff. des Entwurfs enthalten. § 846 überträgt auf den redlichen Erwerber auch ausserhalb des Handelsverkehrs im Falle der Übergabe Eigentum; er definiert den redlichen Erwerber und setzt die Kenntnis und die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Anfechtbarkeit eines Rechtsgeschäfts, wenn die Anfechtung erfolgt, der Kenntnis und der auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis der mit der Anfechtbarkeit eingetretenen rechtlichen Wirkungen gleich. Nach § 849 erlöschen mit der Erlangung des Eigentums durch den redlichen Erwerber zugleich alle sonstigen, an der Sache begründeten Rechte. §§ 847 und 848 schränken die in den beiden vorausgehenden Paragraphen enthaltene Vergünstigung des gutgläubigen Erwerbers dahin ein, dass sie die Anwendung des § 846 nicht zulassen, falls keine wirkliche körperliche Übergabe erfolgt oder die veräusserte Sache gestohlen oder verloren oder in anderer Weise ohne den Willen des Eigentümers oder desjenigen, welcher sie für denselben inne hatte, aus deren Inhabung gekommen ist und schliesst die Vindi-

kation gänzlich aus bei Veräusserung von Geld und Inhaberpapieren oder mittelst öffentlicher Versteigerung durch einen Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerung befugten sonstigen Beamten oder öffentlich angestellte Auktionatoren.

Was das Pfandrecht betrifft, so bestimmt § 1117, dass das durch Rechtsgeschäft begründete Faustpfandrecht allen an dem Pfande früher begründeten Rechten vorgehe, wenn der Erwerber beim Erwerb in gutem Glauben war, und verweist ausserdem auf die Bestimmungen der §§ 846 Abs. 1, 848, 849 Abs. 3 und 850.

Wir sehen also hieraus, dass auch für den allgemeinen Rechtsverkehr des gesammten deutschen Reiches die Prinzipien des germanischen Rechts, verbunden mit der bona fides des Erwerbers sich geltend machen werden und mit Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches voraussichtlich mit einigen Modifikationen das hiefür in Anwendung kommen wird, was bis jetzt nur für den Handelsverkehr gilt.